محاضرات في أحكام الأسرة

د. نور الدين قراط

DECEMBER 31, 2016
الفصل: الخامس، مسار: الفقه والأصول، شعبة: الدراسات الإسلامية.
جامعة محمد الأول، وجدة.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى أله وصحبه أجمعين،

أما بعد:

فالإسلام نظام أسرة، البيت في اعتباره سكن، وفي ظله تلتقي النفوس على المودة والرحمة اللتين هما إفراز طبيعي وناتج منطقي للعلاقة السليمة بيننا، وأن تلك الأسرار مدعاة كبيرة للتفكر بعظمة خلق الله وسر حكمته {وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً} الروم:21. {هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ} البقرة:187.

فالمرأة لباس لزوجها، وهو لباس لها، واللباس يلبس ليستر به المرء نفسه، ويكون عادة ملاصق للجسد، فالزوجة تسكن إلى زوجها، وتستره ولا تفضحه ولا تكشف السيء من أخلاقه، بل تنصحه وتعينه على الخير والطاعة، والزوج كذلك، يسكن إلى زوجته، ولا يكشف سترا عن مساويها، بل ينصحها ويعينها على الطاعة والخير.

والذي ينظر في تشريعات الأسرة في القرآن والسنة في كل وضع من أوضاعها ولكل حالة من حالاتها، وينظر في التوجيهات المصاحبة لهذه التشريعات يدرك إدراكا كاملا ضخامة شأن الأسرة في النظام الإسلامي، وقيمة هذا الأمر عند الله وهو يجمع بين تقواه سبحانه وتقوى الرحم في أول سورة النساء حيث يقول: {يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا} 1.

وإن هذه العناية القصوى بأمر الأسرة لتتناسق مع مجرى القدر الإلهي بإقامة الحياة البشرية ابتداء على أساس الأسرة، حين جرى قدر الله أن تكون أول خلية في الوجود البشري هي أسرة آدم وزوجه، وأن يتكاثر الناس بعد ذلك من هذه الخلية الأولى. وكان الله سبحانه قادرا على أن يخلق الملايين من الأفراد دفعة واحدة. ولكن قدره جرى بهذا لحكمة كامنة في وظيفة الأسرة الضخمة في حياة هذا المخلوق، حيث تلبي حياة الأسرة فطرته واستعداداته، وحيث تنمي شخصيته وفضائله، وحيث يتلقى فيها أعمق المؤثرات في حياته.

وهناك دلالة أخرى لهذا الاحتفال بشأن العلاقات في القرآن الكريم، وهي اتجاه الفقه الإسلامي لرفع هذه العلاقات الإنسانية إلى مستوى القداسة المتصلة بالله، واتخاذها وسيلة للتطهر الروحي والنظافة الشعورية، لا كما كان ينظر إليها في العقائد الوثنية، وعند أتباع الديانات المحرفة، البعيدة بهذا التحريف عن فطرة الله التي فطر الناس عليها.

إن الإسلام لا يحارب دوافع الفطرة ولا يستقذرها، إنما ينظمها ويطهرها، ويرفعها عن المستوى الحيواني، ويرقيها حتى تصبح هي المحور الذي يدور عليه الكثير من الآداب النفسية والاجتماعية. ويقيم العلاقات الجنسية على أساس من المشاعر الإنسانية الراقية، التي تجعل من التقاء جسدين، التقاء نفسين وقلبين وروحين. وبتعبير شامل التقاء إنسانين. تربط بينهم حياة مشتركة، وآمال مشتركة، وآلام مشتركة، ومستقبل مشترك، يلتقي في الذرية المترقبة، ويتقابل في الجيل الجديد، الذي نشأ في العش المشترك، الذي يقوم عليه الوالدان حارسين لا يفترقان.

ويعد الإسلام الزواج وسيلة للتطهر والارتفاع فيدعو الأمة المسلمة لتزويج رجالها ونسائها إذا قام المال عقبة دون تحقيق هذه الوسيلة الضرورية لتطهير الحياة ورفعها: {وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ} النور:32.

ويسمى الزواج إحصانا أي وقاية وصيانة. ويستقر في أخلاد المؤمنين أن البقاء بدون إحصان ولو لفترة قصيرة لا ينال رضى الله فيقول الإمام علي كرم الله وجهه وقد سارع بالزواج عقب وفاة زوجه فاطمة بنت الرسول ﷺ: "لقد خشيت أن ألقى الله وأنا عزب.." فيدخل الزواج في عرف المؤمن في الطاعات التي يتقرب بها الى ربه. وترتفع هذه الصلة إلى مكان القداسة في ضميره بما أنها إحدى الطاعات لربه.

لهذه الأهمية اهتم الفقهاء رحمهم الله بأحكام الأسرة لاحتياج الناس إلى معرفة أحكامها بكل حيثياتها ومحتوياتها، وهذا ما سنحاول بيانه وتقريبه لطلابنا في مسلك الدراسات الإسلامية بإذن الله.

والله أسأل أن يجنبني الزلل، وفتنة القول والعمل، وأن يكتب لي التوفيق والقبول في هذه الدراسة، وكل ما قصدت فهو وحده حسبي، ونعم الوكيل.

المبحث الأول: مفهوم الخطبة وأحكامها:

ما من عقد له شأوه وأهميته، إلا ويسبق بمقدمات، ليتضح من خلالها مدى جدية ورغبة كل من المتعاقدين في إتمام العقد ومستلزماته، بحيث إذا تلاقت الرغبات أقدم كل منهما على العقد.

هذا ومن الملاحظ أن الشريعة الإسلامية لم تنظم مقدمات لكل العقود بأحكام خاصة بها، ولكنها اختصت الزواج من بينها بمقدمات، نظرا لأهمية وخطورة عقد الزواج، كما قال القرآن: {وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا} النساء:21.

تعريف الخطبة:

- **لغة:** الخطبة مصدر الخطيب، وهو يخطب المرأة ويخطبها خطبة وخطيبي..، والعرب تقول: فلان خطب فلانة، إذا كان يخطبها. وخطب المرأة إلى القوم إذا طلب أن يتزوج منهم، واختطبها، والاسم الخِطبة بالكسر.. قال صاحب مختار الصحاح: "خَطَب، الخطب: سبب الأمر، تقول: ما خَطْبُك؟ أي ما أمرُك، وتقول: هذا خَطْب جليل، وخَطْب يسير، وجمعه: خُطُوب".

وحاصل ما تضمنته كتب اللغة في هذا المجال هو: الطلب والتبادل الذي يعني المراجعة في الكلام، والقصد، والشأن الذي يرجوه ويطلبه الخاطب عن طيب نفس، وذلك بطريقة منمقة ومجملة.

- **اصطلاحا:** جميع ما ذكر من التعريفات معناها متقارب ومنسجم مع المفاهيم اللغوية.

جاء في المغني والشرح الكبير: "الْخِطْبَةُ، بِالْكَسْرِ: خِطْبَةُ الرَّجُلِ الْمَرْأَةَ لِيَنْكِحهَا. وَالْخُطْبَةُ، بِالضَّمِّ: هِيَ حَمْدُ اللَّهِ، وَالتَّشَهُّدُ"، والمعنى نفسه يؤكده صاحب مغني المحتاج فيقول: "الْخِطْبَةِ، وَهِيَ بِكَسْرِ الْخَاءِ: الْتِمَاسُ الْخَاطِبِ النِّكَاحَ مِنْ جِهَةِ الْمَخْطُوبَةِ". وعلى نفس المنوال يعرفها القليوبي بقوله: "بأنها التماس الخاطب النكاح ممن يعتبر منه".

وعلى هذا تعرف الخطبة من أنها: عبارة عن رغبة من قبل العاقدين بعقد زواج في المستقبل. ويقال للمرأة: مخطوبة، أما الكلمة التي يتداولها الناس اليوم وهي: خطيبة، فلم ترد في كتب اللغة، ولكن المجمع الفقهي أجازها مع عدة كلمات أخرى على زنة فعيل بمعنى مفعول مما لم يرد في المعاجم، من ذلك: مزيج، وخطيبة بمعنى مخطوبة، وعديد بمعنى معدود.

حكم الخطبة:

الذي عليه جمهور الفقهاء، وعلى رأسهم فقهاء المالكية، الاستحباب لأن المعصوم ﷺ خطب عائشة بنت أبي بكر الصديق، وخطب حفصة بنت عمرو رضي الله عنهم ففي حديث عُرْوَةَ أَنَّ

النَّبِيَّ ﷺ خَطَبَ عَائِشَةَ إِلَى أَبِي بَكْرٍ. وفي حديث أم سلمة قالت: لما مات أبو سلمة أرسل إلي رسول الله ﷺ يخطبني وأجبته.

صفة الخاطب: يجب على الولي أن يختار لكريمته، أو ابنته، أو من ولاه الله أمرها، صاحب دين وخُلق وشرف، فإن عاشرها فبمعروف، وإن سرحها سَرَحها بإحسان يقول الإمام الغزالي في الإحياء: "والاحتياط في حقها أهم، لأنها رقيقة بالنكاح لا مخلص لها، والزوج قادر على الطلاق بكل حال. ومهما زوج ابنته ظالما أو فاسقا أو مبتدعا أو شارب خمر، فقد جنى على دينه، وتعرض لسخط الله لما قطع من الرحم وسوء الاختيار".

قال رجل للحسن بن علي رضي الله عنه: إن لي بنتا فمن ترى أن أزوجها له؟ قال: زوجها لمن يتقي الله فإن أحبها أكرمها وإن أبغضها لم يظلمها. وقالت عائشة رضي الله عنها: "النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته".

قال ابن تيمية: "ومن كان مُصِرا على الفسوق لا ينبغي أن يزوج"، وجاء في حديث أبي هريرة رضي الله عنه، قال رسول الله ﷺ: "إِذَا خَطَبَ إِلَيْكُم مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَزَوِّجُوهُ، إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الأَرْضِ، وَفَسَادٌ عَرِيضٌ".

وما قيل في حق الرجل يقال في حق المرأة أيضا، فعَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ رضي الله عنه قَالَ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَأْمُرُ بِالْبَاءَةِ وَيَنْهَى عَنْ التَّبَتُّلِ نَهْيًا شَدِيدًا، وَيَقُولُ: "تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الْوَلُودَ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمْ الْأَنْبِيَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ". وعَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ عَمْرٍو، أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: "انْكِحُوا أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ، فَإِنِّي أُبَاهِي بِهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ". وعنْ مَعْقِلِ بْنِ يَسَارٍ، قَالَ جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: إِنِّي أَصَبْتُ امْرَأَةً ذَاتَ حَسَبٍ وَجَمَالٍ وَإِنَّهَا لَا تَلِدُ أَفَأَتَزَوَّجُهَا قَالَ: "لَا". ثُمَّ أَتَاهُ الثَّانِيَةَ فَنَهَاهُ ثُمَّ أَتَاهُ الثَّالِثَةَ فَقَالَ: "تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الْوَلُودَ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمُ الْأُمَمَ".

وهذه الأحاديث وما في معناها تدل على مشروعية النكاح، وفي نفس الوقت تبيين بعض صفات المخطوبة بحيث تكون ودودا ولودا.

وعن جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قَالَ لِي حِينَ اسْتَأْذَنْتُهُ: "هَلْ تَزَوَّجْتَ بِكْرًا أَمْ ثَيِّبً؟"، فَقُلْتُ: تَزَوَّجْتُ ثَيِّبًا، فَقَالَ: "هَلَّا تَزَوَّجْتَ بِكْرًا تُلَاعِبُهَا وَتُلَاعِبُكَ".

عَنْ عَائِشَةَ رضي الله عنها زوج النبي ﷺ، وابنة حبه أبي بكر، قَالَتْ: قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَرَأَيْتَ لَوْ نَزَلْتَ وَادِيًا، وَفِيهِ شَجَرَةٌ قَدْ أُكِلَ مِنْهَا وَوَجَدْتَ شَجَرًا لَمْ يُؤْكَلْ مِنْهَا، فِي أَيِّهَا كُنْتَ تُرْتِعُ بَعِيرَكَ قَالَ: "فِي الَّذِي لَمْ يُرْتَعْ مِنْهَا"، تَعْنِي: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لَمْ يَتَزَوَّجْ بِكْرًا غَيْرَهَا.

وعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: "تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ: لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا وَجَمَالِهَا وَلِدِينِهَا، فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ، تَرِبَتْ يَدَاكَ".

قَالَ الطِّيبِيُّ: "وفِي الْحَدِيثِ دَلِيلٌ لِمَالِكٍ فَإِنَّهُ يَقُولُ لَا يُرَاعَى فِي الْكَفَاءَةِ إِلَّا الدِّينَ وَحْدَهُ. ومَذْهَبُ الْجُمْهُورِ أَنَّهُ يُرَاعَى أَرْبَعَةُ أَشْيَاءَ: الدِّينُ وَالْحُرِّيَّةُ وَالنَّسَبُ وَالصَّنْعَةُ، فَلَا تُزَوَّجُ الْمُسْلِمَةُ

مِنْ كَافِرٍ، وَلَا الصَّالِحَةُ مِنْ فَاسِقٍ، وَلَا الْحُرَّةُ مِنْ عَبْدٍ، وَلَا الْمَشْهُورَةُ النَّسَبِ مِنَ الْخَامِلِ، وَلَا بِنْتُ تَاجِرٍ أَوْ مَنْ لَهُ حِرْفَةٌ طَيِّبَةٌ مِمَّنْ لَهُ حِرْفَةٌ خَبِيثَةٌ أَوْ مَكْرُوهَةٌ، فَإِنْ رَضِيَتِ الْمَرْأَةُ أَوْ وَلِيُّهَا بِغَيْرِ كُفْءٍ صَحَّ النِّكَاحُ كَذَا فِي الْمِرْقَاةِ".

شروط جواز الخطبة:

يشترط لجواز الخطبة، شرطان:

- **الشرط الأول:** أن تكون المرأة خالية من موانع الزواج الشرعية وصالحة للعقد عليها:

وبناء على ذلك فإنه يحرم على الإنسان خطبة من هي محرمة عليه تحريما مؤبدا أو مؤقتا لوجود مانع من ذلك وهو التحريم، ولا تحل خطبة زوجة الغير، ولا يحل له خطبة من يحرم الجمع بينها وبين زوجه، كعمة الزوجة أو خالتها، لأنها لا تحل لها الآن، كما لا يحل له أن يخطب خامسة وتحته أربع نسوة حتى وإن أذن الزوج لأن الحق لله تعالى.

كما يحرم خطبة المرأة المطلقة طلاقا رجعيا (وهي التي طلقت مرة أو مرتين) في فترة العدة، لا تصريحا ولا تعريضا، لأنها في حكم الزوجة، وحقوق الزوج عليها ثابتة ما دامت في العدة، فله مراجعتها من غير تراض، ما دامت في وقت العدة، فخطبتها كخطبة المتزوجة تماما.

وأما المعتدة من وفاة أو فسخ أو ردة، فقد أبيحت خطبتها تعريضا لا تصريحا، قال صاحب المجموع: "ويجوز التعريض بخطبة المعتدة عن الوفاة والطلاق الثلاث، لقوله ﷻ: {وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ} البقرة: 235.

لأن عدتها مقدرة بالأيام، لا بالحيضات، فهي أربعة أشهر وعشرة أيام، قال ﷻ: {وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا} البقرة: 234.

هذا مالم تكن المعتدة من الوفاة حاملا، فإن كانت حاملا فعدتها حينئذ أن تضع حملها، قال ﷻ: {وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ} الطلاق: 4.

أما المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى، فلا يجوز لا بالتصريح ولا بالتعريض. وذلك حتى تطمع بسبب التعريض بالخطبة في الزواج، فتعلن أن عدتها قد انتهت، وهي لم تنته، وليس لأحد تكذيبها، لأن عدتها ثلاث حيضات، فالله وحده هو المطلع عليها، وهو الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور.

- **الشرط الثاني:** ألا تكون المرأة قد تمت خطبتها لغيره بالقبول:

وتأسيسا على ذلك لا يجوز لأي إنسان آخر أن يتقدم لخطبتها ما دام علما بالخطبة والإجابة، وأن تكون الخطبة الأولى جائزة، ولم يعدل فيها الطرفان أو أحدهما، لأن الإسلام يحرص على أن تظل العلاقات الاجتماعية بين المسلمين طيبة وحسنة، ويرعى مشاعر الأخوة والمودة

والمحبة بينهم، قال ﷺ: {الْمُؤْمِنُ أَخُو الْمُؤْمِنِ فَلَا يَحِلُّ لِلْمُؤْمِنِ أَنْ يَبْتَاعَ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ، وَلَا يَخْطُبُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَذَرَ} يترك المخطوبة.

أما إذا تركها الخاطب الأول، جاز لغيره أن يتقدم لخطبتها، قال ﷺ: {لَا يَبِعِ الرَّجُلُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ، وَلَا يَخْطُبُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ}.

قال النووي رحمه الله: "هَذِهِ الْأَحَادِيثُ ظَاهِرَةٌ فِي تَحْرِيمِ الْخِطْبَةِ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ، وَأَجْمَعُوا عَلَى تَحْرِيمِهَا إِذَا كَانَ قَدْ صُرِّحَ لِلْخَاطِبِ بِالْإِجَابَةِ، وَلَمْ يَأْذَنْ، وَلَمْ يَتْرُكْ".

قال الحافظ: "وَاسْتُدِلَّ بِهِ عَلَى تَحْرِيمِ خِطْبَةِ الْمَرْأَةِ عَلَى خِطْبَةِ امْرَأَةٍ أُخْرَى إِلْحَاقًا لِحُكْمِ النِّسَاءِ بِحُكْمِ الرِّجَالِ. وَصورته أن ترغب أمرة فِي رَجُلٍ وَتَدْعُوهُ إِلَى تَزْوِيجِهَا فَيُجِيبُهَا كَمَا تَقَدَّمَ فَتَجِيءُ امْرَأَةٌ أُخْرَى فَتَدْعُوهُ وَتُرَغِّبُهُ فِي نَفْسِهَا وَتُزَهِّدُهُ فِي الَّتِي قَبْلَهَا. وَقَدْ صَرَّحُوا بِاسْتِحْبَابِ خِطْبَةِ أَهْلِ الْفَضْلِ مِنَ الرِّجَالِ، وَلَا يَخْفَى أَنَّ مَحِلَّ هَذَا إِذَا كَانَ الْمَخْطُوبُ عَزَمَ أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ إِلَّا بِوَاحِدَةٍ، فَأَمَّا إِذَا جَمَعَ بَيْنَهُمَا فَلَا تَحْرِيمَ.

هَذَا وقد نقل عَن بن الْقَاسِمِ صَاحِبِ مَالِكٍ: أَنَّ الْخَاطِبَ الْأَوَّلَ إِذَا كَانَ فَاسِقًا جَازَ لِلْعَفِيفِ أَنْ يَخْطُبَ عَلَى خطبته، ورجحه بن الْعَرَبِيِّ مِنْهُمْ وَهُوَ مُتَّجِهٌ فِيمَا إِذَا كَانَتِ الْمَخْطُوبَةُ عَفِيفَةً فَيَكُونُ الْفَاسِقُ غَيْرَ كُفْءٍ لَهَا فَتَكُونُ خِطْبَتُهُ كَلَا خِطْبَةٍ وَلَمْ يَعْتَبِرِ الْجُمْهُورُ ذَلِكَ إِذَا صَدَرَتْ مِنْهَا عَلَامَةُ الْقَبُولِ. وَقَدْ أَطْلَقَ بَعْضُهُمُ الْإِجْمَاعَ عَلَى خِلَافِ هَذَا الْقَوْلِ، وَيَلْتَحِقُ بِهَذَا مَا حَكَاهُ بَعْضُهُمْ مِنَ الْجَوَازِ إِذَا لَمْ يَكُنِ الْخَاطِبُ الْأَوَّلُ أَهْلًا فِي الْعَادَةِ لِخِطْبَةِ تِلْكَ الْمَرْأَةِ كَمَا لَوْ خَطَبَ سُوقِيٌّ بِنْتَ مَلِكٍ وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى التَّكَافُؤِ".

أثر الخطبة على الخطبة في العقد:

إذا خالف الخاطب الثاني نهي الشرع، وأقدم على الخطبة ثم الزواج فما الحكم؟

الشافعية يرون أن زواج الثاني يكون صحيحا، وهو عاص ولا يفسخ العقد، نظرا لوجود أركان عقد الزواج وشروط صحته، وبه قال أبو حنفية. وقال داود: يفسخ النكاح، وعن مالك روايتان كالمذهبين.

وثالث وهو أن يفسخ قبل الدخول، ولا يفسخ بعده، وقال ابن القاسم: "إِنَّمَا مَعْنَى النَّهْيِ إِذَا خَطَبَ رَجُلٌ صَالِحٌ عَلَى خِطْبَةِ رَجُلٍ صَالِحٍ، وَأَمَّا إِنْ كَانَ الْأَوَّلُ غَيْرَ صَالِحٍ وَالثَّانِي صَالِحًا جَازَ". وَسُئِلَ ابن تيمية رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى عَنْ رَجُلٍ خَطَبَ عَلَى خِطْبَتِهِ رَجُلٌ آخَرُ: فَهَلْ يَجُوزُ ذَلِكَ؟ فَأَجَابَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ. ثَبَتَ فِي الصَّحِيحِ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: {لَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَخْطُبَ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ: وَلَا يَسْتَامَ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ} وَلِهَذَا اتَّفَقَ الْأَئِمَّةُ الْأَرْبَعَةُ فِي الْمَنْصُوصِ عَنْهُمْ وَغَيْرِهِمْ مِنْ الْأَئِمَّةِ عَلَى تَحْرِيمِ ذَلِكَ وَإِنَّمَا تَنَازَعُوا فِي صِحَّةِ نِكَاحِ الثَّانِي؟ فِي قَوْلَيْنِ.

"أَحَدُهُمَا": أَنَّهُ بَاطِلٌ; كَقَوْلِ مَالِكٍ وَأَحْمَد فِي إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ.

"وَالْآخَرُ": أَنَّهُ صَحِيحٌ; كَقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ وَأَحْمَد فِي الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى; بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمُحَرَّمَ هُوَ مَا تَقَدَّمَ عَلَى الْعَقْدِ وَهُوَ الْخِطْبَةُ. وَمَنْ أَبْطَلَهُ قَالَ: إنَّ ذَلِكَ تَحْرِيمٌ لِلْعَقْدِ بِطَرِيقِ

الْأَوْلَى. وَلَا نِزَاعَ بَيْنَهُمْ فِي أَنَّ فَاعِلَ ذَلِكَ عَاصٍ لِلَّهِ وَرَسُولِهِ; وَإِنْ نَازَعَ فِي ذَلِكَ بَعْضُ أَصْحَابِهِمْ. وَالْإِصْرَارُ عَلَى الْمَعْصِيَةِ مَعَ الْعِلْمِ بِهَا يَقْدَحُ فِي دِينِ الرَّجُلِ وَعَدَالَتِهِ وَوِلَايَتِهِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ.

أحكام رؤية المخطوبة والاختلاط بها:

أرشد الإسلام إلى النظر إلى المخطوبة، ورخص فيه، دفعًا لضرر الطلاق إذا لم تعجبه بعد الزواج، ولِأَنَّ النِّكَاحَ بَعْدَ تَقْدِيمِ النَّظَرِ أَدعى للأُلْفَةِ وَالْمُوَافَقَةِ الدَّاعِيَةِ إِلَى تَحْصِيلِ الْمَقَاصِدِ، ويُستدل على مشروعية النظر من كتاب الله بقوله ﷻ: {وَلَوْ أَعْجَبَكَ حُسْنُهُنَّ} الأحزاب:52. فقد استنبط منها العلماء جواز النظر إلى المخطوبة، فَلَا يُعْجِبُهُ حُسْنُهُنَّ إِلَّا بَعْدَ رُؤْيَةِ وُجُوهِهِنَّ، قال القرطبي في تفسيره للآية: "في هذه الآية دليل على جواز أن ينظر الرجل إلى من يريد زواجها".

وهذه أهم الأقوال الفقهاء في هذا الموضوع:

فأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد والشافعي ومالك وأحمد وآخرون: أباحوا النظر إلى المرأة التي يريد نكاحها.

فمالك أجاز النظر إلى الوجه والكفين فقط، وأبو حنيفة أجاز القدمين والوجه والكفين، وقال عياض والأوزاعي: ينظر إليها ويجتهد وينظر مواضع اللحم منها. وأجاز الشافعي وأحمد ذلك، بإذنها أو بغير إذنها إذا كانت مستترة.

بينما حكى بعضهم تأويلا على قول مالك إنه لا ينظر إليها إلا بإذنها، لأنه حق لها، ولا يجوز عند هؤلاء المذكورين أن ينظر إلى عورتها، ولا هي حاسرة.

وعند أهل الظاهر ينظر إلى جميعها. وقال أحمد: ينظر إلى الوجه على غير طريق لذة، وله أن يريد النظر إليها متأملا محاسنها، وإذا لم يمكنه النظر استحب أن يبعث امرأة يثق بها تنظر إليها وتخبره، لما روى البيهقي من حديث ثَابِتٍ، عَنْ أَنَسٍ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً فَبَعَثَ امْرَأَةً لِتَنْظُرَ إِلَيْهَا، فَقَالَ: "شُمِّي عَوَارِضَهَا، وَانْظُرِي إِلَى عُرْقُوبَيْهَا".

وقالت طائفة منهم يونس بن عبيد وإسماعيل بن علية وقوم من أهل الحديث: لا يجوز النظر إلى الأجنبية مطلقا إلا لزوجها أوذي رحم محرم منها، واحتجوا في ذلك بحديث عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ ﷺ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لَهُ: "يَا عَلِيُّ، إِنَّ لَكَ كَنْزًا مِنَ الْجَنَّةِ، وَإِنَّكَ ذُو قَرْنَيْهَا، فَلَا تُتْبِعْ النَّظْرَةَ النَّظْرَةَ، فَإِنَّمَا لَكَ الْأُولَى وَلَيْسَتْ لَكَ الْآخِرَةُ". رواه أحمد.

واحتجوا أيضا بما رواه مسلم من حديث جَرِيرٍ، قَالَ: "سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ نَظْرَةِ الْفُجَاءَةِ فَأَمَرَنِي أَنْ أَصْرِفَ بَصَرِي".

قالوا فلما كانت النظرة الثانية حراما لأنها عن اختيار خولف بين حكمها وحكم ما قبلها إذ كانت بغير اختيار -دل ذلك على أنه ليس لأحد أن ينظر إلى وجه امرأة، إلا أن يكون بينها وبينه من النكاح أو الحرمة.

واحتجت الطائفة الأولى -وهي التي ترى جواز النظر إلى المخطوبة بما يلي:

حديث مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ قَالَ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: "إِذَا أَلْقَى اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فِي قَلْبِ امْرِئٍ خِطْبَةَ امْرَأَةٍ فَلَا بَأْسَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا" رَوَاهُ أَحْمَدُ وَابْنُ مَاجَهْ.

وبحديث أَبِي حُمَيْدٍ الساعدي، قَالَ زُهَيْرٌ: الشَّكُّ مِنِّي، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: "إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمُ امْرَأَةً فَلا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا إِذَا كَانَ، إِنَّمَا يَنْظُرُ إِلَيْهَا لِخِطْبَةٍ، فَإِنَّهُ يَنْظُرُ إِلَيْهَا وَإِنْ كَانَتْ لا تَعْلَمُ".

وبحديث أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ: كُنْتُ عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ، فَأَتَاهُ رَجُلٌ فَأَخْبَرَهُ أَنَّهُ تَزَوَّجَ امْرَأَةً مِنَ الْأَنْصَارِ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «أَنَظَرْتَ إِلَيْهَا؟»، قَالَ: لَا، قَالَ: «فَاذْهَبْ فَانْظُرْ إِلَيْهَا، فَإِنَّ فِي أَعْيُنِ الْأَنْصَارِ شَيْئًا» يعني الصغر. رواه مسلم.

وبحديث الْمُغِيرَةِ بْنِ شُعْبَةَ، قَالَ: خَطَبْتُ جَارِيَةً مِنَ الأَنْصَارِ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَ لِي: "رَأَيْتَهَا" فَقُلْتُ: لا، قَالَ: "فَانظُرْ إِلَيْهَا، فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يُؤْدَمَ بَيْنَكُمَا".

وأجابوا عن حديث علي ﷺ بأن النظر فيه لغير الخطبة حرام، وأما إذا كان للخطبة فلا يمنع منه، لأنه للحاجة، ألا يرى كيف جوز به في الإشهاد عليها ولها، فكذلك النظر للخطبة.

ومما يستدل به أيضا على جواز النظر إلى المخطوبة قبل التزويج: حديث عَائِشَةَ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، قَالَ: "أُرِيتُكِ فِي الْمَنَامِ مَرَّتَيْنِ، أَرَى رَجُلا يَحْمِلُكِ فِي سَرَقَةٍ مِنْ حَرِيرٍ، يَقُولُ: هَذِهِ امْرَأَتُكَ، فَأَكْشِفُ فَأَرَاكِ، فَأَقُولُ إِنْ كَانَ هَذَا مِنْ عِنْدِ اللَّهِ يُمْضِهِ".

قال صاحب الفتح: "فِي الِاحْتِجَاجِ بِهَذَا الْحَدِيثِ لِلتَّرْجَمَةِ نَظَرٌ لِأَنَّ عَائِشَةَ كَانَتْ إِذْ ذَاكَ فِي سِنِّ الطُّفُولِيَّةِ فَلَا عَوْرَةَ فِيهَا أَلْبَتَّةَ وَلَكِنْ يُسْتَأْنَسُ بِهِ فِي الْجُمْلَةِ فِي أَنَّ النَّظَرَ إِلَى الْمَرْأَةِ قَبْلَ الْعَقْدِ فِيهِ مَصْلَحَةٌ تَرْجِعُ إِلَى الْعَقْدِ".

قال النووي: "مَذْهَبُنَا وَمَذْهَبُ مَالِكٍ وَأَحْمَدَ وَالْجُمْهُورِ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ فِي جَوَازِ هَذَا النَّظَرِ رِضَاهَا، بَلْ لَهُ ذَلِكَ فِي غَفْلَتِهَا، وَمِنْ غَيْرِ تَقَدُّمِ إِعْلَامٍ، لَكِنْ قَالَ مَالِكٌ: أَكْرَهُ نَظَرَهُ فِي غَفْلَتِهَا مَخَافَةَ مِنْ وُقُوعِ نَظَرِهِ عَلَى عَوْرَةٍ.

وَعَنْ مَالِكٍ رِوَايَةٌ ضَعِيفَةٌ أَنَّهُ لَا يَنْظُرُ إِلَيْهَا إِلَّا بِإِذْنِهَا، وَهَذَا ضَعِيفٌ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَدْ أَذِنَ فِي ذَلِكَ مُطْلَقًا، وَلَمْ يَشْتَرِطِ اسْتِئْذَانَهَا؛ وَلِأَنَّهَا تَسْتَحْيِي غَالِبًا مِنَ الْإِذْنِ، وَلِأَنَّ فِي ذَلِكَ تَغْرِيرًا، فَرُبَّمَا رَآهَا فَلَمْ تُعْجِبْهُ فَيَتْرُكُهَا فَتَنْكَسِرَ وَتَتَأَذَّى، وَلِهَذَا قَالَ أَصْحَابُنَا: يُسْتَحَبُّ أَنْ يَكُونَ نَظَرُهُ إِلَيْهَا قَبْلَ الْخِطْبَةِ حَتَّى إِنْ كَرِهَهَا تَرَكَهَا مِنْ غَيْرِ إِيذَاءٍ بِخِلَافِ مَا إِذَا تَرَكَهَا بَعْدَ الْخِطْبَةِ".

حكم الاختلاط قبل العقد:

وأما عن الاختلاط فقد درج كثير من الناس على التهاون في هذا الشأن، فأباح لابنته أو قرينته أو من ولاه الله أمرها أن تخالط خطيبها وتخلو معه دون رقابة، وتذهب معه حيث يريد من غير إشراف. وقد نتج عن ذلك أن تعرضت المرأة لضياع شرفها وفساد عفافها وإهدار

كرامتها، بحيث يمكن ألا يتم هذا الزواج فتكون قد أضافت إلى ذلك فوات الزواج منها. وعلى النقيض من ذلك: طائفة جامدة لا تسمح للخاطب رؤية البنت المخطوبة، وتأبى إلا أن يرضى بها، ويعقد عليها دون أن يراها أو تراه إلا ليلة العرس. وقد تكون الرؤية مفاجئة لهما غير متوقعة، فيحدث مالم يكن في الحسبان، ومالم يكن مقدورا عليه من الشقاق والفراق.

وخير الأمور هو ما جاء به الإسلام، فإن فيه الرعاية لحق الزوجين في رؤية كل منهما الآخر، مع تجنب الخلوة، حماية للشرف، وصيانة للعرض. هذا هو موقف الإسلام من رؤية المخطوبة والاختلاط والخلوة، وهو موقف وسط ليس فيه إفراط ولا تفريط، راعت فيه مصلحة المخطوبين على السواء، فلم تمنع الرؤية كلية، ولا هي أباحت الخلوة بالمخطوبة، بل أثبتت لهما حق النظر وأن يرى كل منهما الآخر، ولا بأس في جلوس الخاطب إلى مخطوبته، والتحدث معها، وذلك بعد العقد، حتى تحصل بينهما الألفة والمحبة، وقد يتشاور في أمر من الأمور التي يقوم عليها بيت الزوجية، فلا مانع من ذلك في غير خلوة، بل مع محرم، صيانة لعرضها وحفظا لشرفها.

العدول عن الخطبة وآثاره:

إذا تمت الخطبة فهل يجوز لأحدهما العدول عنها، أم أنها لازمة؟

سبق وأن ذكر أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج، وهي مقدمة من مقدمات الزواج لا غير، وبناء عليه فإنه يصح لأحدهما العدول عنها بسبب أو بدون سبب، لأن هذا حقهما. وإن عد ذلك خلقا ذميما فهذا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما لما حضرت الوفاة قال: "انظروا فلان" لرجل من قريش، فإني قلت له ابنتي قولا كشبه العِدَة، وما أحب أن ألقى الله بثلث النفاق، وأُشْهدكم أني قد زوجته.

لكن إذا تم العدول عن الخطبة فما حكم ما قدم من هدايا ومهر؟

فإذا قدم لها المهر، ثم عدل عن الخطبة، ولم يكن قد تم عقد شرعي مثل الإيجاب والقبول، والولي، والشهود وغير ذلك من مستلزمات العقد الشرعي، فإن له باتفاق الفقهاء أن يسترد المهر كاملا.

ذلك لأنه دفعه على أساس أن يتم العقد، وما دام لم يتمّ العقد فله استرداد المهر، فإن كان مثلياً استرد مثله، وإن كان قيمياً استرده بعينه، إلا إذا هلك فإنه تجب قيمته، وذلك لأنه قدم على أساس أنه تنفيذ لحكم من أحكام العقد؛ ليكون دليلاً على تمام الرغبة، وما دام العقد لم يتم، وانصرف الطرفان، فإنه لا معنى لتنفيذ حكم عقد أصبح بعيد الوقوع بعد أن كان قريب الوقوع، وقد تكون المخطوبة قد أعدت بهذا المهر بعض الجهاز الذي تعده عادة لاستقبال الحياة الزوجية، وفي هذه الحال يكون استرداد المهر فيه مضرة لها، وقد يرهقها من أمرها عسراً، ولذا رأى بعض الفقهاء المعاصرين أن تعطيه بدل المهر بعض ما اشترته من متاع باحتساب قيمته يوم الشراء لكي لا يكون ضرر ولا ضرار، وأن هذا بلا شك حكم مصلحي ليس في الفقه ما ينافيه.

وأما ما تقدم من هدايا من جانب الخاطب أو المخطوبة فقد طبق الحنفية فيه قواعد الهبة تطبيقاً دقيقاً. فقالوا إن الهدايا التي تقدم تأخذ حكم الهبة يجوز الرجوع فيها مالم يوجد مانع من ذلك، كهلاك العين، أو استهلاكها، أو تغييرا يخرجها عن طبيعتها الأولى.

وقال الشافعية في بعض أقوالهم: إنّ الْمهدي له أن يسترد هديته كاملة بعينها إن كانت قائمة، وبِعِوَضها إن كانت هالكة، أو اسْتُهْلِكَت، وذلك لأن الإهداء كان على أساس تمام الزواج، وقد أُبْعِد فزال السبب الذي حمل على الإهداء، وإذا زال السبب كان له الاسترداد.

والمفتى به في مذهب مالك: يفرّق بين هدايا من يعدل عن الخطبة وهدايا الآخر، فإن كان الذي أهدى هو الذي عدل عن الخطبة، فليست له أن يسترد شيئاً من الهدية، ولو كانت قائمة حتى لا يجمع على الطرف الآخر ألم العدول، وألم الاسترداد، ولأن إبطال العمل تم من جانبه، ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، وإن كان الْمُهدي هو الطرف الذي لم يعدل فله أن يسترد كل ما أهدى سواء كان قائماً أم كان هالكاً أو مستهلكاً، ويرد القائم بعينه، والهالك أو المستهلك بعوضه.

يبقى بعد ذلك النظر في الأضرار التي تترتب على فسخ الخطبة، وللتعويض عنها، فإن الشخص المتروك قد يلحقه ضرر أدبي ومالي.

فأما <u>الأضرار الأدبية</u> التي تمس السمعة، وسببها الاستهواء والاستغواء ونحو ذلك، لا محلّ له في الفقه الإسلامي؛ لأن الفقهاء قد اشترطوا لرؤية المخطوبة أن لا يكونا في خلوة لكيلا يكون للشيطان موضعاً ينفث منه سمومه، وما جد بين المسلمين اليوم من الخروج بالمخطوبة في الملاهي وغيرها منفردين، ومن غير محرم للمرأة، لم يبلغ من الخطورة في الأوساط المحترمة درجة الضرر الأدبي، على أن الشارع الإسلامي بحكم منطقه قد نهاهم عن هذا الأمر الذي ترتب عليه الضرر الأدبي، فلا يصحّ أن تكون مخالفته، واطراح أوامره ونواهيه سبباً في أن يشرع لهم ما يحمي هذه المخالفة، وإنما على أولئك المفرطين الذين أسرفوا على أنفسهم أن يتحملوا تبعات مخالفتهم لأوامر الشارع الحكيم ونواهيه، ولا يوجد قانون عادل يحمي مخالفة من يخالفونه؛ إذ إن هذه الحماية تشجيع لهم على المخالفة.

أما <u>الضرر المادي</u> الذي ينتج بسبب العدول عن الخطبة:

فإنه قد تقرر شرعا: أن الضرر يزال، وقد قال ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار". وقد اعتبر الفقهاء هذا الحديث أصلا من أصول الإسلام، لتواتر معناه، ولا شك أن من يناله ضرر يتسبب فيه غيره يكون ذلك الغير ضامنا لما أحدثه إذا كان الضرر نتيجة لاعتداء، ولم يكن نتيجة لاستعمال حق، وذلك لأن أسباب الضمان في الفقه الإسلامي بشكل عام تعود إلى أحد أمرين:

- إما أن يكون الضمان نتيجة عقد.
- إما يكون الضمان سببه التعدي.

ولا شكّ أنه لا يوجد في مسألة الخطبة تعاقد يوجب ضماناً، ويبقى النظر في القضية من ناحية ضمان التعدّي، وعند الكلام على أساس التعدي يجب أن نفرِّق بين أمرين: بين ضرر

ينـزل نتيجة لاغترار من نـزل به الضرر، وضرر ينـزل نتيجة لتغرير الطرف الآخر، فإن الفقهاء قرروا أن الضرر الذي يكون نتيجة للاغترار، لا ضمان على أحد فيه، كما أشرنا، والضرر الذي يكون نتيجة للتغرير، فإن من غرره يضمن.

وبتطبيق هذه القاعدة على الخطبة نجد بعض الفقهاء والمحدثين يقررون أن كل ضرر يكون بسبب الخطبة يزال.

ثم العدول لا يخلو من تغرير؛ لأن الأشياء المادية التي يتكلفها الطرف الذي نـزل به الضرر تحت عين وبصر من عدل عن الخطبة، وذلك لا يخلو من تغرير.

ولكن صاحب ذلك النظر أهمل إهمالاً مطلقاً حق العدول، وعلم من نـزل به الضرر بأن ذلك حق مستمر للطرف الآخر، كما أنه حق له، وإذا كانت الثقة قد حملته على ألا يفرض العدول فذلك اغترار، فمن نـزل به ضرر يجب أن يتحمل مغبته، ولذلك نقول قولاً وسَطاً فنقرر أن العدول ذاته لا يكون سبباً للتعويض؛ لأنه حق، والحق لا يترتب عليه تعويض قط، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة، لا بمجرد الخطبة والعدول، كان يطلب هو نوعاً من الجهاز، وتطلب هي إعداد السكن، ثم يكون العدول والضرر.

فالضرر ما زال بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل عن مجرد الخطبة، فيعوض، وإن لم يكن كذلك لا يعوض.

وعلى ذلك يكون الضرر قسمين:

- ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه، غير مجرد الخطبة والعدول، كالمثاليْن السابقيْن.
- ضرر ينشأ عن مجرد الخطبة، والعدول من غير عمل من جانب العادل.

فالأول يعوض، والثاني لا يعوض؛ إذ الأول كان فيه تغرير، والتغرير يوجب الضمان كما هو مقرر في قواعد الفقه الحنفي، وفي قضايا العقل والمنطق.

والذي ننتهي إليه هو ما قررناه من قبل، وهو أنه لا تعويض إن لم يكن فعل أو قول أوجب الضرر لا مجرد الخطبة، ثم العدول عنها بعد مدة طالت أو قصرت.

ويجب أن يعلم أن القانون الذي يطبق في هذا المقام هو الشريعة الإسلامية، فلا يطبق أيّ قانون سواها، ولا يسير القاضي على أيّ منطق غير منطقها، وإلا لم يكن ثمة تناسق في الأحكام فيحكم بالتعويض من الخاطب في الوقت الذي تقرر الشريعة وجوب رد المهر، ووجوب رد الهدايا، وإذا كان تعويض فلا بد أن يكون له مبرر من قواعدها، وذلك المبرر يتحقّق إذا كان هناك تغرير أوجب الضرر المادي.

المبحث الثاني: النكاح ومتعلقاته:

تعريف النكاح:

- **اللغة:** الضم والجمع والتداخل، ومنه: تناكحت الأشجار، إذا تمايلت وانضم بعضها إلى بعض. يقال: نكح المطر الأرض: اعتمد عليها. ونكحت القمح الأرض: إذا حرثتها، وبذرته فيها. ونكحت الحصاة أخفاف الإبل.

- **الاصطلاح:** إن أدق ما قيل فيه من حيث الاصطلاح: أنه عقد وضعه الشارع ليفيد حل استمتاع كل من الزوج والزوجة بالآخر على الوجه المشروع.

ولهذا اختلف الفقهاء في أيهما يكون حقيقة وفي الآخر مجازا، أو أنه حقيقة فيهما على ثلاثة آراء:

الأول: أنه حقيقة في العقد والوطء معا، وهو رأي للحنفية ووجه للشافعية، وبه قال القاضي من الحنابلة. وذلك لأن كلمة "النكاح" ورد استعمالها في كل من الوطء والعقد والأصل في الاستعمال الحقيقة فيهما على سبيل الاشتراك اللفظي.

الثاني: أنه حقيقة في الوطء مجاز في العقد وهو مذهب الحنفية، ووجه للشافعية، وذلك لأن الاستعمال اللغوي ورد بذلك، قال رسول الله ﷺ: "تناكحوا تكاثروا، فإني أباهي بكم الأمم"، ولقوله: "ملعون من نكح يده".

الثالث: أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء، وهو مذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة، وغيرهم. وهو أصحها وأرجحها كما جاء به القرآن الكريم والأخبار قال ﷻ: {فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ} والوطء لا يجوز بالإذن، ولا يرد على ذلك قوله ﷻ: {حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ}. لأن المراد العقد والوطء مستفاد من خبر الصحيحين.

عن عُرْوَةُ بْنُ الزُّبَيْرِ أَنَّ عَائِشَةَ أَخْبَرَتْهُ أَنَّ امْرَأَةَ رِفَاعَةَ الْقُرَظِيِّ جَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ رِفَاعَةَ طَلَّقَنِي فَبَتَّ طَلَاقِي وَإِنِّي نَكَحْتُ بَعْدَهُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الزَّبِيرِ الْقُرَظِيَّ وَإِنَّمَا مَعَهُ مِثْلُ الْهُدْبَةِ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: {لَعَلَّكِ تُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ؟ لَا حَتَّى يَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ وَتَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ}. رواه البخاري.

قال الراغب من علماء الشافعية: "يَسْتَحِيلُ أَنْ يَكُونَ النِّكَاحُ حَقِيقَةً فِي الْجِمَاعِ وَيُكَنَّى بِهِ عَنْ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّ الْجِمَاعَ يُسْتَقْبَحُ مِنْ ذِكْرِهِ كَمَا يُسْتَقْبَحُ مِنْ فِعْلِه، وَالْعَقْدُ لَا يُسْتَقْبَحُ: أَيْ فَلَا يُكَنَّى بِالْأَقْبَحِ عَنْ غَيْرِهِ، وَلِأَنَّهُ يَصِحُّ نَفْيُهُ عَنْ الْوَطْءِ؛ إذْ يُقَالُ فِي الزِّنَا: سِفَاحٌ لَا نِكَاحٌ".

ويروى عن النبي ﷺ: "وُلِدْتُ مِنْ نِكَاحٍ، لَا مِنْ سِفَاحٍ". ويقال في السرية: "ليست مزوجة ولا منكوحة، وصحة النفي دليل المجاز".

وبهذا يترجح مذهب الجمهور بأن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء، ويكون المقصود به في الشرع حينئذ عند إطلاقه عقد التزويج، فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه مالم يصرفه عنه دليل.

وفائدة الخلاف تظهر فيمن زنى بامرأة، هل تحرم على ابنه وأبيه على أنه حقيقة في الوطء أم لا تحرم إذا قلنا: إن لفظ النكاح مجاز في الوطء حقيقة في العقد.

وفيما لو علق الطلاق على النكاح فهل يحمل على العقد على أنه حقيقة فيه، أم على الوطء على أنه حقيقة فيه مجاز في العقد هذا مالم ينو أحدهما.

الدليل على مشروعية النكاح:

ثبتت مشروعيته من الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله ﷻ: {وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ} النساء:3. وقوله ﷻ: {وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ} النور:32.

أما الأحاديث: فكثيرة منها حديث عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ قَالَ: قَالَ لَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: "يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ". وقوله ﷺ: "تناكحوا تكاثروا"، وقوله ﷺ: "النِّكَاحُ مِنْ سُنَّتِي، فَمَنْ لَمْ يَعْمَلْ بِسُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي، وَتَزَوَّجُوا فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمْ الْأُمَمَ، وَمَنْ كَانَ ذَا طَوْلٍ فَلْيَنْكِحْ، وَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ، فَإِنَّ الصَّوْمَ وِجَاءٌ لَهُ".

ففي هذه الأحاديث الأمر بالنكاح والترغيب فيه لأنه من سنته ﷺ، ومن رغب عنه فقد ترك سنة نبيه، وطريقته التي سلكها.

أما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على مشروعية النكاح من عهد رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا.

حكم النكاح:

الجمهور على أن النكاح سنة، إلا أن يخاف على نفسه الوقوع في محظور، وتوافرت له القدرة على الصداق والنفقة. فلا خلاف حينئذ في وجوبه، ويأثم تاركه إذا كان قادرا على مؤن النكاح، وقد استدل الجمهور بأن الله ﷻ حين أمر به علقه على الاستطابة، في قوله ﷻ: {فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ} النساء:3. والواجب لا يتوقف على الاستطابة، وقال ﷻ بعد ذلك: {مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ}، ولا يجب ذلك اتفاقا. فدل على أن بالأمر الندب.

وبقوله ﷺ: "يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمْ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ". فإنه ﷺ أقام الصوم مقام النكاح، والصوم ليس بواجب، فدل على أن النكاح ليس بواجب، لأن غير الواجب لا يقوم مقام الواجب.

ولكن الفقهاء اختلفوا في حالة الاعتدال، وهي ما إذا كان الرجل غير تائق للنساء على الصورة المذكورة، فهل النكاح واجب عليه، أم أن ذلك مستحب له أم هو مباح له، إن شاء فعله، وإن شاء تركه؟

قال قوم هو مندوب، وقالت المتأخرة من المالكية: هو في حق بعض الناس واجب، وفي حق بعضهم مندوب إليه، وفي حق بعضهم مباح، وذلك عندهم بحسب ما يخاف على نفسه من العنت.

ومن هذا يتبين لنا أن رأي الجمهور بأن الاستحباب هو الأصل في النكاح، وقد تعتريه أحكام الإسلام الخمسة:

- **الوجوب أو الفرض:** لمن خاف على نفسه المشقة والوقوع في الحرام ولو كان فقيرا.
- **التحريم:** في حق من لا يرغب في النساء، أو سينقل عدوى لمرض جنسي خطير...
- **الكراهة:** في حق من يسيء إلى المرأة لعدم رغبته بها.
- **الإباحة:** لمن لا يخاف على نفسه الزنا ولا يرجوا النسل.
- **الندب أو الاستحباب:** وهو الحكم الأصلي كما تقدم من أجل بناء الأسرة والمحافظة على النسل البشري وتنظيم الغريزة...

أركان عقد الزواج وشروطه:

قبل أن نبدأ الكلام عن أركان النكاح وشروطه، أرى أنه من المهم أن تعرف على ماهية الركن والشرط لغة واصطلاحا.

الركن:

- لغة: جانب الشيء الأقوى، والجمع أركان وأركن، وقيل في قوله ﷻ: {أَوْ آوِي إِلَى رُكْنٍ شَدِيدٍ} هود:80. إن الركن القوة. ويقال للرجل الكثير العدد: إنه ليأوي إلى ركن شديد. وفلان ركن من أركان قومه أي شريف من أشرافهم، وهو يأوي إلى ركن شديد أي عز ومنعة.
- اصطلاحا: ما كان جزء من الماهية، ويتوقف وجود الماهية عليه، كالركوع والسجود من الصلاة، والإيجاب والقبول من الزواج.

الشرط:

- لغة: ما لا يتم الشيء إلا به.
- اصطلاحا: ما يلزم من عدمه العدم. ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، كالطهارة للصلاة مثلا، فإنه يلزم من عدمها عدم الصلاة الشرعية. ولا يلزم من وجود الطهارة وجود الصلاة ولا عدمها، لأن المتطهر قد يصلي وقد لا يصلي.

إذا عرفنا هذا فكل عقد من العقود له أركان وشروط فالأركان بها قوام الشيء، ولا تتحقق ماهيته إلا بها لكونها جزءا من حقيقته.

والشروط يتوقف عليها وجود الشيء وتكون خارجة عن حقيقته، وقد اتفق الجمهور على أن الإيجاب والقبول ركنان في النكاح كقول الولي أو نائبه.

أركان عقد النكاح:

الركن الأول: الولي:

مفهوم الولاية:

- لغة: الوِلاية بكسر الواو مصدر وَلِي، ووَلَي والثانية قليلة الاستعمال، يلي وهي تعني القيام على الغير وتدبيره. وتكون الولاية بمعنى القرابة والنصرة، والمحبة. فتأتي الواو مفتوحة ومكسورة.

وكلا المعنيين مراعى في الولاية: لأنها تحتاج من الولي إلى التدبير والعمل.. كما تحتاج إلى نصرة المولى عليه، والنسب دعامة قوية من دعائم تحقيق هذه النصرة، وإن كان الأول هو المقصود هنا.

- اصطلاحا: هي قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية. وهي ضربان:

- ولاية قاصرة.
- ولاية متعدية.

فالولاية القاصرة: هي قدرة الشخص شرعا على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه.

والولاية المتعدية هي قدرة الشخص شرعا على إنشاء التصرف الصحيح النافذ لغيره. والولاية المتعدية أيضا قسمان: ولاية على المال، وولاية على النفس.

والولاية على الزواج هي من باب الولاية على النفس.

والولاية على النفس تشمل مجموعة من التصرفات المتعلقة بشخص المولى عليه، وهي بهذا المعنى: (سلطة يملكها الولي على المولى عليه؛ تخوله الحق في: تزويجه، وتأديبه، وتعليمه، وتطبيبه، والعناية به في كل ما تحتاجه نفسه مادام تحت الولاية شاء المولى عليه ذلك أم أبى، وذلك توفيرا لمصلحة المولى عليه نفسه). فيدخل فيها الولاية الخاصة بالزواج.

ومن تعريف الولاية يؤخذ تعريف الولي في مسألة الزواج. حيث عرفها الفقيه المالكي ابن عرفة فقال: (الولي من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام.

أسباب الولاية:

أشارت بعض كتب الفقه إلى أسباب الولاية مثل ما ورد في تعريف ابن عرفة، وهي: (إما ملك، أو أبوة، أو تعصيب، أو إيصاء، أو كفالة، أو سَلطنة، أو ذو إسلام). إلا ان هذه الأسباب منها ما زال قائما وموجودا بين الناس في زماننا، ومنها ما اندثر ولم يعد له وجود. وبالتالي فلا يحتاج إلى التوقف عنده أو الاهتمام به. وذلك مثل سبب "الملك" فهو غير موجود في عصرنا لانتفاء ملك الرقيق.

هذا ملخص ما ذهبت إليه المذاهب الفقهية كما ذكر أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمان الدمشقي العثماني في كتابه رحمة الأمة في اختلاف الأئمة قال: (وتصح الوصية بالنكاح

عند مالك. ويكون الولي أولى بذلك. وقال أبو حنيفة: بأن القاضي يزوج. وقال الإمام الشافعي: لا ولاية لوصي مع ولي، لأن عارها لا يلحقه. قال القاضي عبد الوهاب: هذا الإطلاق في التعطيل فاسد، فإن الحاكم إذا زوج المرأة لا يلحقه ما قاله).

أنواع الولاية:

حصر الفقهاء أنواع ولاية التزويج في ثلاثة أنواع:

أ. ولاية الإجبار: وتعني أن الولي ينفرد برأيه في تزويج من تحت ولايته دون أن يكون للمولى عليه حق الرفض والاعتراض.

ب. ولاية الندب والاستحباب: وتعني أن المرأة يستحب لها أن تأذن لوليها بأن يزوجها أي يباشر عقد تزويجها بإذنها وموافقتها.

ج. ولاية الشركة: وتعني أن لا بد من اشتراك الولي وموليته في الرضا بالزواج. فلا ينفرد الولي ولا يستبد بتزويج موليته كما في ولاية الإجبار، بل لابد من رضا موليته وإذنها في الزواج، ولا تنفرد هي بالعقد، بل الولي هو الذي ينشئ بعبارته عقد الزواج عليها.

مراتب الولاية:

أما مراتب الولاية فالمقصود منها ترتيب الأولياء وتقدم بعضهم على بعض في استحقاق الولاية عند تعددهم بحيث يعرف من هو الأول في استحقاق الولاية والتقدم على غيره. وقد اختلفت مذاهب الأئمة في هذه المسألة وهذا ملخص ما ورد فيها.

مذهب المالكية: قال الشيخ خليل في المختصر: (وقدم ابن، فابنه، فأب، فأخ فابنه، فجد، فعم، فابنه، وقدم الشقيق على الأصح والمختارِ، فمولى، ثم هل الأسفل، وبه فسرت أو لا وصحح، فكافل، وهل إن كفل عشرا " أي عشر سنين" أو أربعا" أي أربع سنين" أو ما يشفق" أي أن الكفالة لا حد لزمانها، إلا ما يوجب الحنان والشفقة" تردد، وظاهرها" أي ظاهر المدونة" شرط الدناءة، "أي أن الدناءة شرط في قبول ولاية الكفالة" فحاكم، فولاية عامة مسلم، وصح بها" أي بالولاية العامة" في دنيئة مع خاص لم يجبر "أي مع الولي الخاص غير المجبر" ،كشريفة دخل وطال "أي إن دخل بها وطال صحت الولاية العامة مع وجود الولي الخاص".

هذا والمقصود من ذكر مراتب الولاية باختصار هو مجرد الإشارة إلى أن ولاية الزواج عند من يشترطها ليست ولاية سائبة كما يعتقده ويطبقه الكثير من أئمة المراكز والمساجد حيث يعقدون بحضور أي ولي، بغض النظر عن مرتبته وقربه أو بعده، بل بغض النظر عن أهليته أو عدم أهليته.

والحقيقة أنهم بين أمرين: إما أن يأخذوا بمذهب مَن لا يشترط حضور الولي في عقد النكاح، ولهم في ذلك سعة.

وإما أن يأخذوا بمذهب من يشترط حضور الولي وإذنه في عقد النكاح، وعليه فينبغي وضع كل إنسان في مرتبته إما وجوباً وإما ندباً.

ما للولي وما عليه ومذاهب الفقهاء من الولاية، وفيه ثلاثة مطالب:

أ. شروط الولي: يشترط في الولي الذي يتولى عقد الزواج شروط لابد من توافرها، وإلا سقط حقه في الولاية وانتقلت إلى من بعده في الدرجة كأنه لم يكن، وتختلف هذه الشروط كثرة وقوة من مذهب إلى مذهب.

فهي عند المالكية ستة شروط:

1. الذكورة: فلا يصح العقد من أنثى، سواء كانت اما أو بنتا أو أختا. فإن كانت الأنثى وصية، فإنها توكل ذكرا يتولى عنها العقد للمتزوجة ولو كان وكيل الوصية أجنبيا منها ومن الموكل عليها. ويتم العقد مع حضور الولية. هذا إذا كان الأمر يتعلق بتزويج الأنثى، أما في حالة تزويج الذكر فإن الأنثى الوصية عليه تلي تزويجه، والفرق هو: أن الولي المعتبر في صحة النكاح إنما هو الولي من قبل المرأة.

2. البلوغ: فلا يصح العقد من صبي لعدم أهليته.

3. العقل: فلا يصح من مجنون ومعتوه وسكران.

4. الإسلام: وهذا الشرط في خصوص المسلمة فلا يصح أن يتولى عقد نكاحها كافر ولو كان أباها. وأما الكافرة الكابية يتزوجها مسلم فإنه يجوز لأبيها الكافر أن يعقد لها عليه لقوله ﷻ: (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض). ولا يكون المسلم وليا لكافرة فإن عقد لابنته الكافرة لكافر فلا نتعرض لفسخه وقد ظلم المسلم نفسه، وأما لو عقد لكتابية على مسلم فإنه يفسخ أبداً.

5. خلو الولي: من الإحرام بحج أو عمرة.

6. عدم الإكراه: فلا يصح العقد من مكره إلا أن الاكراه لا يختص بولي عقد النكاح بل هو عام في جميع العقود الشرعية.

ولا يشترط في الولي العدالة إذ فسقه لا يخرجه عن الولاية. ولا يشترط فيه الرشد فيصح عقد السفيه لمجبرته وغيرها بإذنها، ووجه صحة عقده أن السفيه غير محجور عليه في ذلك وأن الولاية عليه إنما هي في ماله.

وبالنظر إلى شروط الولاية عند مختلف المذاهب نجد أنهم قد اتفقوا على بعض الشروط، وانفردت بعض المذاهب بشروط دون غيرها.

فاتفقوا على شرط الإسلام والبلوغ والذكورة واختلفوا فيما عدا ذلك.

ب. مذاهب الفقهاء من الولاية: وهل هي شرط في صحة النكاح أم ركن فيه؟

ذهب جمهور الفقهاء والمحدثين إلى اشتراط الولي في صحة عقد النكاح، وذهب بعضهم إلى عدم اشتراطه، كما ذهب بعضهم إلى اعتباره ركنا من أركان النكاح.

قال ابن رشد في بداية المجتهد: "اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط؛ فذهب مالك إلى أنه لا يكون النكاح إلا بولي وأنها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه. وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة وزفر والشعبي والزهري: إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفؤا جاز. وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر

وعدم اشتراطه في الثيب. ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في المسالة قول رابع: أن اشتراطها سنة لا فرض. وذلك أنه روي عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على إنكاحها، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها، فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة، بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك، أعني أنهم يقولون إنها من شروط الصحة لا من شروط التمام".

وقال ابن قدامة في "المغني" في مسألة: ولا نكاح إلا بولي وشاهدين من المسلمين: (في هذه المسألة أربعة فصول:

الفصل الأول: أن النكاح لا يصح إلا بولي، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكيل غير وليها في تزويجها. فإن فعلت، لم يصح النكاح. روي هذا عن عمر، وعلي، وابن مسعود، وابن عباس، وأبي هريرة، وعائشة رضي الله عنهم. وإليه ذهب سعيد بن المسيب، والحسن، وعمر بن عبد العزيز، وجابر بن زيد، والثوري، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وابن المبارك، وعبيد الله العنبري، والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد.

وروي عن ابن سيرين، والقاسم بن محمد، والحسن بن صالح، وأبي يوسف: لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي، فإن فعلت كان موقوفا على إجازته. وقال أبو حنيفة: لها أن تزوج نفسها وغيرها، وتوكل في النكاح.

وبعد أن ذكر أدلة الكل وناقشها قال: فصل فإن حكم بصحة هذا العقد حاكم، أو كان المتولي لعقده حاكما، لم يجز نقضه وكذلك سائر الأنكحة الفاسدة.

وقال النووي في "شرح مسلم" باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت: "وَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي اشْتِرَاطِ الْوَلِيِّ فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ، فَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ: يُشْتَرَطُ وَلَا يَصِحُّ نِكَاحٌ إِلَّا بِوَلِيٍّ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يُشْتَرَطُ فِي الثَّيِّبِ وَلَا فِي الْبِكْرِ الْبَالِغَةِ بَلْ لَهَا أَنْ تُزَوِّجَ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا، وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ: يَجُوزُ أَنْ تُزَوِّجَ نَفْسَهَا بِإِذْنِ وَلِيِّهَا وَلَا يَجُوزُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَقَالَ دَاوُدُ: يُشْتَرَطُ الْوَلِيُّ فِي تَزْوِيجِ الْبِكْرِ دُونَ الثَّيِّبِ".

هذه باختصار أقوال العلماء في هذه المسألة فما هو سبب الخلاف؟ وما هي أدلة كل قول؟

قال ابن رشد في "بداية المجتهد": "وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا عن أن يكون في ذلك نص، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة. وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها، هي أيضا محتملة في ذلك والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها إلا حديث ابن عباس وإن كان المسقط لها ليس عليه دليل -أي لا يحتاج إلى دليل- لأن الأصل براءة الذمة، ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان ونبين وجه الاحتمال في ذلك:

فمن أظهر ما يحتج به من الكتاب من اشترط الولاية قوله عز وجل: {فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن} قالوا: وهذا خطاب للأولياء ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل، وقوله عز وجل: {ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا} قالوا وهذا خطاب للأولياء أيضا.

ومن أشهر ما احتج به هؤلاء من الأحاديث ما رواه الزهري عن عروة عن عائشة ﵂ قالت قال رسول الله ﷺ: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات، وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له".

وأما ما احتج به من لم يشترط الولاية فمن الكتاب: قوله ﷻ: {فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف} قالوا وهذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها. قالوا وقد أضاف إليهن في غير ما آية من الكتاب الفعل فقال: {أن ينكحن أزواجهن} وقال: {حتى تنكح زوجا غيره} ومن السنة حديث ابن عباس ﵄ المتفق على صحته وهو قوله ﷺ: "الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها" وبهذا الحديث احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى فهذا مشهور ما احتج به الفريقان من السماع.

ثم ناقش ابن رشد أدلة الفريقين وبين وجه الاحتمال فيها وخلص في النهاية إلى أنه يجب أن يعتقد أحد أمرين:

- إما أنه ليست الولاية شرطا في صحة النكاح وإنما للأولياء الحسبة في ذلك.
- وأما إن كان شرطاً فليس من صحتها تمييز صفات الولي وأصنافهم ومراتبهم، ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولي الأبعد مع وجود الأقرب.

وقال النووي في "شرح مسلم": وَاحْتَجَّ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ بِالْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ وَهَذَا يَقْتَضِي نَفْيَ الصِّحَّةِ وَاحْتَجَّ دَاوُدُ بِأَنَّ الْحَدِيثَ الْمَذْكُورَ فِي مُسْلِمٍ صَرِيحٌ فِي الْفَرْقِ بَيْنَ الْبِكْرِ وَالثَّيِّبِ وَأَنَّ الثَّيِّبَ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ وَأَجَابَ أَصْحَابُنَا عَنْهُ بِأَنَّهَا أَحَقُّ أَيْ شَرِيكَةٌ فِي الْحَقِّ بِمَعْنَى أَنَّهَا لَا تُجْبَرُ وَهِيَ أَيْضًا أَحَقُّ فِي تَعْيِينِ الزَّوْجِ وَاحْتَجَّ أَبُو حَنِيفَةَ بِالْقِيَاسِ عَلَى الْبَيْعِ وَغَيْرِهِ فَإِنَّهَا تَسْتَقِلُّ فِيهِ بِلَا وَلِيٍّ وَحَمَلَ الْأَحَادِيثَ الْوَارِدَةَ فِي اشْتِرَاطِ الْوَلِيِّ عَلَى الْأَمَةِ وَالصَّغِيرَةِ وَخَصَّ عُمُومَهَا بِهَذَا الْقِيَاسِ وَتَخْصِيصُ الْعُمُومِ بِالْقِيَاسِ جَائِزٌ عِنْدَ كَثِيرِينَ مِنْ أَهْلِ الْأُصُولِ وَاحْتَجَّ أَبُو ثَوْرٍ بِالْحَدِيثِ الْمَشْهُورِ أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ وَلِأَنَّ الْوَلِيَّ إِنَّمَا يُرَادُ لِيَخْتَارَ كُفُؤًا لِدَفْعِ الْعَارِ وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِإِذْنِهِ قَالَ الْعُلَمَاءُ نَاقَضَ دَاوُدُ مَذْهَبَهُ فِي شرط الولي في البكر دون الثيب لِأَنَّهُ إِحْدَاثُ قَوْلٍ فِي مَسْأَلَةٍ مُخْتَلَفٌ فِيهَا وَلَمْ يُسْبَقْ إِلَيْهِ وَمَذْهَبُهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ احداث مثل هذا والله أعلم.

وقد استوفى أدلة المالكية "وهي أيضا أدلة الجمهور على اشتراط الولي في صحة النكاح" الحبيب بن طاهر في كتابه: "الفقه المالكي وأدلته" حيث قال: (ودليل ركنية الولي وتوقف العقد عليه:

أ. قوله ﷻ: (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) ووجه الاستدلال أن الخطاب موجه للأولياء ولو لم يكن لهم في العقد حق لما خاطبهم بذلك. وهذا يدل على أن المرأة ليس لها أن تنكح نفسها.

ب. قوله ﷻ: (فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف). والعضل المنع. وسبب نـزول هذه الآية ما روى معقل بن يسار ﵁ قال: زوجت أختا لي من رجل فطلقها، حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبدا. وكان رجلا لا بأس به وكانت

المرأة تريد أن ترجع إليه فأنـزل الله الآية: {فلا تعضلوهن}. فقلت الآن أفعل يا رسول الله، قال: فزوجها إياه.

ووجه الاستدلال أن الخطاب موجه للأولياء. وقد نهتهم الآية عن الامتناع من إنكاح ولاياتهم. وهذا يدل على أن العقد يتوقف على الولي وإلا لم تحتج أخت معقل إلى أخيها، ولا توقفت في الرجوع إلى زوجها على موافقة أخيها، وهي تريد زوجها وهو يريدها. فتبين أن العضل إنما يصح ممن إليه عقد النكاح. ولو كان للمرأة أن تعقد على نفسها لم يكن امتناع وليها عضلا لها ولما نهي عنه وهو نص في المسألة.

ج. قوله ﷻ: {قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ}. ووجه الاستدلال أن شعيبا عليه السلام تولى العقد لابنته على موسى دونها لأنه وليها وهذا استدلال بشرع من قبلنا.

د. قوله ﷻ: {وَأَنكِحُوا الْأَيَامَى مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ} ووجه الاستدلال أن الخطاب في الآية للأولياء أيضا. وسيأتي زيادة بيان لمعناها في دلالتها على جبر الأب لابنته.

هـ. حديث عائشة المتقدم وفيه قوله ﷺ: "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل..." الحديث، ووجه الاستدلال أن الحديث عام في كل امرأة بكرا كانت أو ثيبا لأن لفظ "أي" في "أيما" شرطية تفيد العموم، ودالة على تأكيده. كما أن بطلان العقد بدون ولي مؤكد بتكرار لفظ "باطل" وبذلك يكون الحديث قد أثبت للولي حق العقد على وليته من حيث منعه عنها.

و. عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: "لا نكاح إلا بولي"، وقد استدل به التلمساني في مفتاح الوصول.

ز. عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها"، ووجه الاستدلال من قوله ﷺ: "الأيم أحق بنفسها من وليها" أن لفظ "أحق" من أبنية المبالغة، وذلك يشعر أن للولي حقا ما مع المرأة. والمراد بحقها هو إرادتها في تعيين الأزواج لا في تولي العقد، وأما الحق الذي هو للولي فهو تولي العقد. وليس ما يمكن أن يكون من حقه في أمر نكاح الثيب إلا تولي العقد. وأما قوله: "والبكر تستأذن في نفسها" فسيأتي معناه.

ح. عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها. فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"، والحديث نص في الباب.

ط. حديث زواج النبي ﷺ بأم سلمة. وفيه قول أم سلمة لابنها: يا عمر، قم فزوج رسول الله ﷺ فزوجه.

ي. عن سعيد بن المسيب أنه قال: قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان"، ومعنى ذلك أنها لا تنكح نفسها ولا ينكحها من الناس من ليس بولي لها.

ك. أنه لم يثبت قط أن امرأة من السلف ولا من الخلف باشرت نكاحها.

ل. أن وجه دخول الولي في عقد نكاح وليته، هو لنفي الضرر والمعرة عن نفسه وعنها بوضع نفسها في غير كفء.

وهذه الأدلة التي ذكرها هذا الفقيه وذكر بعضها غيره يؤخذ منها أرجحية مذهب الجمهور، والذي هو أن المرأة لا تزوج نفسها.

والعلة في منعها كما قال في المغني: صيانتها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها إلى الرجال وذلك ينافي حال أهل الصيانة والمروءة والله أعلم.

ونظرا لأهمية الولي في النكاح، وحفاظا على أعراض المسلمين من التهتك، يميل الدارسون المعاصرون إلى ركنيته، أو على الأقل اشتراطه في عقد النكاح حتى لا تقع النساء والفتيات عديمات التجربة في فخاخ العابثين المتلاعبين بأعراض الناس، وهذا ما اختاره الدكتور سالم بن عبد الغني الرافعي في كتابه "أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في دار الغرب" قال: "والحقيقة أن جوهر الخلاف في هذه المسألة هو هل يجوز للمرأة أن تزوج نفسها من رجل بغير إذن وليها ولا موافقته؟ والجواب عندي أن الشريعة تأبى ذلك أشد الإباء، لأن المرأة سريعة الاغترار وقوية العاطفة وقد يجرها ذلك إلى الانخداع والوقوع في حبائل الماكرين وأهل السوء والدغل".

ثم تابع التدليل بالواقع على اهمية ركنية الولي في عقد النكاح فقال: "ومغبة ذلك لا ترجع عليها وحدها وإنما يرجع على أسرتها وأوليائها ولذلك احتاطت الشريعة للمرأة وتواردت النصوص بمنعها عن النكاح بغير إذن وليها، وذلك من أجل مصلحتها ومنفعتها. وقد أدرك أبو حنيفة –رحمه الله- هذه المسألة وهو وإن أفتى للمرأة أن تنكح بغير إذن وليها إلا أنه اشترط أن يكون الرجل الذي تختاره كفؤا وجعل لوليها حق الفسخ إن لم يكن الزوج كفؤا. ولكن هذا الطريق الذي اختاره الإمام لا يخلو من مصاعب لأن الفسخ لا يقع قبل أن يحكم به القاضي وقد يكون الزوج دخل بها ووقع الضرر".

الشروط التي يجب توفرها في الولي وتعطيه حق الولاية:

- **كمال الأهلية:** بأن يكون الولي ذكراً بالغاً عاقلاً حراً، فلا تثبت الولاية للصبي ولو كان مميزاً، ولا للمجنون وألحقوا به مختل النظر بهرم أي كبر في السن أو فساد العقل وهو الخبل، لعجزه عن اختيار الأكفاء قيل: وفي معناه، من شغلته الأسقام والآلام عن ذلك.

كما يشترط في الولي الحرية، لأن العبد لا يستقل بالولاية على نفسه فعلى غيره أولى.

وكذلك المحجور عليه بسفه، فلا يزوج موليته لأنه لا يلي أمر نفسه، فغيره أولى.

وهذا بخلاف المحجور عليه بفلس فيلي أمر موليته ويعقد بها، لأنه كامل التصرف نافذ العقود، وإنما الحجر عليه لحق الغير.

وتنتقل الولاية للولي الأبعد في هذه الصورة.

والاتحاد في الدين بين الولي وموليته فإذا كانت المرأة مسلمة ووليها كافر فلا يلي أمرها لقوله ﷻ: {وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاء بَعْضٍ} وقوله: {وَلَن يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً}.

وروى أن النبي ﷺ لما أراد أن يتزوج أم حبيبة بنت أبي سفيان وكانت مسلمة وأبو سفيان لم يسلم، وكل النبي ﷺ عمرو بن أمية الضمري فتزوجها من ابن عمها خالد بن سعيد بن العاص وكان مسلماً.

وإن كان الولي مسلماً والمرأة كافرة، فلا يلي أمرها إلا إذا كان إماماً أو نائبه.

لقوله ﷻ: {وَالَّذينَ كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاء بَعْضٍ} وقوله ﷻ: {مَا لَكُم مِّن وَلاَيَتِهِم مِّن شَيْءٍ}.

فالآيتان تدلان على أنه لا ولاية للمسلم على الكافرة فإن كان لها ولي كافر زوجها للآيتين.

وإن لم يكن لها ولي كافر زوجها الحاكم لقوله ﷺ: "فالسلطان ولي من ولي له". ولأن ولاية السلطان عامة فدخل فيها المسلم والكافر.

الاختلاف في اشتراط العدالة في الولي:

العدالة هي عدم الفسق حالة العقد ويتحقق الفسق بارتكاب كبيرة، أو إصرار على صغيرة، ولم تغلب طاعته على معاصيه.

واختلفوا في اشتراطها في الأولياء: ذهب أبو حنيفة ومالك في المشهور عنه إلى عدم اشتراط العدالة في الولي وهي إحدى الروايتين عن الشافعي، وأحمد فلا تسلب الولاية من الفاسق، لأن الخطاب عام للمكلفين في قوله ﷺ: "تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم".

وهذا الأمر يدخل فيه العدل والفاسق، ولأن مناط الولاية القرابة والنظر بالمصلحة والإشفاق على المرأة من التغرير بها أو خديعتها وهما متوافران في الفاسق أيضاً.

ولأنه يلي نكاح نفسه، فثبتت له الولاية على غيره كالعدول.

وذهب الشافعي في المشهور عنه، ومالك وأحمد في رواية عنهما إلى اشتراط العدالة في الولي، وأنه لا ولاية لفاسق.

لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وأيما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل".

وروي عن ابن عباس أيضاً أنه قال: "لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل". ولما كان الفاسق ليس بمرشد فلا يكون ولياً، ولأن المرشد من أسماء المدح والفاسق ليس بممدوح (ولأنه نقص يقدح في الشهادة، فيمنع الولاية كالرق، ولأنها ولاية نظرية فلا يستبد بها الفاسق كولاية المال.

وعلى هذا فإن الأخذ باشتراط العدالة أولى وأحرى، قال في المجموع: (ولأن الولي إنما اشترط في العقد لئلا تحمل المرأة شهوتها على أن تلقي نفسها في أحضان غير كفء وتزوج نفسها في العدة، فيلحق العار بأهلها، وهذا المعنى موجود في الفاسق، لأنه لا يؤمن أن يحمله فسقه على أن يضع المرأة في أحضان غير كفء ويزوجها في العدة فيلحق العار بأهلها، فلم يجز أن يكون ولياً.

تنبيه: لا يعد العمى مانعاً من الولاية، لقدرته عن البحث عن الأكفاء، لأن المقصود في النكاح يعرف بالسماع والاستفاضة، فلا يفتقر إلى النظر، ولأن شعيباً عليه السلام زوج ابنته من موسى عليه السلام وكان أعمى.

فعن ابن عباس ﵄ قال في قوله ﷻ: {وَإِنَّا لَنَرَاكَ فِينَا ضَعِيفًا} قال: كان مكفوف البصر.

ومثله الأخرس إذا كان مفهوم الإشارة، لأن إشارته تقوم مقام نطقه في سائر الأحكام، فكذلك النكاح، ويستثنى من ذلك ثلاث صور لا تقوم إشارته مقام نطقه، وقد نظمها بعضهم بقوله:

إشارة الأخرس مثل نطقه ... فيما عدا ثلاثة لصدقه

في الحنث والصلاة والشهادة ... تلك ثلاثة بلا زيادة

ونظم بعضهم أيضاً سوالب الولاية فقال:

وعشرة سوالب الولاية ... كفر وفسق والصبا لغاية

رق جنون مطبق أو الخبل ... وأخرس جوابه قد اقتفل

ذو عته نظيره مبرسم ... وأبله لا يهتدي وأبكم

اختلف الفقهاء في الولي فمن العلماء من يعتبره ركنا من أركان عقد الزواج لا يصح إلا به، ومنهم من لا يعتبره، وفيما يأتي بيان ذلك:

يرى الحنفية أن الولي لا يعتبر ركنا من أركان عقد الزواج، بحيث إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفئا جاز، ويرى المالكية والشافعية والحنابلة وابن حزم ومحمد بن الحسن أن الولي ركن من أركان عقد الزواج، لا يتم عقد إلا بولي.

جاء في الكتاب الأول من مدونة الأسرة المادة 24: "الولاية حق المرأة تمارسه الرشيدة حسب اختيارها ومصلحتها". وفي المادة 25: "للرشيدة أن عقد على نفسها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها".

وجاء في الدليل الذي نشرته وزارة العدل: "الحقوق التي أصبح لها الحق (المرأة) في ممارستها أن تعقد زواجها بنفسها أو أن تفوض ذلك لأبيها أو لأي أحد من أقاربها دون تحديد لدرجته، اعتبارا لما هو متعارف عليه وحفاظا على التقاليد المعروفة في تماسك الأسرة".

فهذه النصوص القانونية تخالف نصوص الشريعة وتخالف حتى المذهب المالكي.

الركن الثاني: الإشهاد على النكاح:

الجمهور على أن الاشهاد شرط في صحة النكاح، وبدونه يكون فاسدا. وللمالكية تفصيل في المسألة حاصله: أن أصل الإشهاد على النكاح واجب، وأما وجوده عند العقد فمستحب، فإن حصل الإشهاد عند العقد فقد وجد الأمران: الاستحباب والوجوب، وإن فقد وقت العقد ووجد عند الدخول، فقد حصل الواجب وفات الاستحباب.

ويرى المالكية أنه شرط لتمام العقد لا لصحته، بحيث يكون العقد فاسدا إذا لم يقع الإشهاد قبل الدخول.

أدلة الجمهور على اشتراط الإشهاد:

رُوِيَ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ: {لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلَيْن}.

وروى الدارقطني عَنْ عَائِشَةَ رضي الله عنها قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ فَإِنْ تَشَاجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ». وعنها أيضا قالت: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَالْمَهْرُ لَهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا، فَإِنْ تَشَاجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ». وهو نص صريح في بطلان النكاح بدون شاهدي عدل، ودليل أيضا على اشتراطهما في صلب النكاح، وإلا لما وقع النكاح فاسدا بدونها.

وروى الترمذي عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: "الْبَغَايَا اللَّاتِي يُنْكِحْنَ أَنْفُسَهُنَّ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ". ووجه الدلالة من الحديث أنه ﷺ وصف المرأة في النكاح بدون بينة، بأنها من البغايا وهن الزواني.

فدل على أن النكاح بدون الإشهاد عليه فاسد.

وصحح الترمذي ما روي عن ابن عباس "لا نكاح إلا ببينة" ثم قال: والعمل على هذا عند أهل العلم، من أصحاب النبي ﷺ ومن بعدهم التابعين وغيرهم، قالو لا نكاح إلا بشهود ولم يخالف في ذلك من مضى منهم إلا قوم من المتأخرين من أهل العلم.

الدليل من المعقول: عقد النكاح له شأن عظيم في الإسلام، إذ يترتب عليه من الآثار ما يقتضي شهرته، بين الناس حتى يأمن الزوجان جحود النكاح وإنكاره، وفي هذا دفع لتهمة الزنا عنهما، وغير ذلك ولا يشتهر ذلك إلا بالإشهاد.

ولما كان فقهاء المالكية يتفقون مع الجمهور، على اشتراط أصل الشهادة في النكاح فأدلتهم هي نفس أدلة الجمهور إلا أن المالكية يخالفون الجمهور في زمن الإشهاد.

ذلك أن الجمهور يرون أن الشهادة حكم شرعي، ولهذا كانت شرطا لصحة العقد.

ويرى المالكية أن المقصود منها هو التوثيق لسد ذريعة الإنكار أو الاختلاف، ولهذا كانت عندهم شرطا لتمام صحة العقد.

والناظر في الأدلة المفيدة لوجوب الإشهاد على النكاح يستنتج أنها شرط لصحة العقد وأن محلها وقت عقد النكاح، وحديث: "أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا..." دليل على اشتراطها في النكاح، وإلا لما وقع باطلا بدونها.

والمالكية أنفسهم يقولون إن النكاح حقيقة في العقد، فيلزمهم القول بالإشهاد عند إجرائه، وأما قولهم: الإشهاد في النكاح إنما هو للتوثيق دفعا للتهمة فلا يحتاج إليها إلا عند البناء فغير مسلم لأن حكمة مشروعية الإشهاد ليست لما ذكره فحسب، بل لما يترتب على العقد من حين إبرامه من حقوق وآثار.

فعقد النكاح ليس أثره حل كل للآخر فقط، بل تترتب عليه آثار أخرى كالتوارث، وحرمة المصاهرة، ووجوب نصف المهر إن طلقت قبل الدخول، وغير ذلك.

ولهذا كان الإشهاد لازما لصحة عقد النكاح حال إبرامه وهو رأي الجمهور. والله أعلم.

الركن الثالث: الصيغة:

وتطلق في الاستعمال الفقهي على الألفاظ والعبارات التي يتركب منها العقد، وهي التي تسمى في لغة الفقهاء بالإيجاب والقبول وعرفها ابن عرفة: بأنها ما دل على عقد النكاح.

أما عند الأحناف: فما صدر أولا من أحد المتعاقدين مظهرا به إرادته في إنشاء العقد، سواء كان من جانب الرجل أو المرأة، فهو الإيجاب، وما صدر ثانيا هو القبول.

أما عند المالكية: فالإيجاب ما صدر من ولي المرأة أو من يقوم مقامه، والقبول هو ما صدر من الزوج أو وليه، سواء تقدم أو تأخر، كقول المولي انكحت وزوجت، وقبولا كقبلت ورضيت من الزوج، كأن يقول زوجني ابنتك، فيقول الولي زوجتك إياها فينعقد ولو لم يسم الصداق كما سيأتي في نكاح التفويض، وأما لو قال وهبتك فلا بد من تسمية صداق وإلا لم ينعقد النكاح والمضارع كالماضي ان قامت قرينة على الإنشاء لا الوعد ولا تكفي الإشارة ولا الكتابة إلا لضرورة كخرس ولزم النكاح بمجرد الصيغة، لأنه من العقود اللازمة بلا خيار ولو بالهزل، كالطلاق والعتق والرجعة. لقوله ﷺ: "ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ، وَالطَّلَاقُ، وَالرَّجْعَةُ".

هذا وقد اتفق جميع الفقهاء على أن الإيجاب والقبول ركن من أركان عقد الزواج، لا يتم هذا العقد إلا بهما.

الركن الرابع: المحل:

وهو الزوج والزوجة الخاليان من الموانع الشرعية، لأنه لا يتصور وجود زواج بلا رجل وامرأة، وله شروط تكون فيهما معا، وشروط تخص الزوج، وشروط تخص الزوجة.

وشرطهما معا:

- عدم الإكراه.
- عدم المرض.
- عدم المحرمية.
- عدم الإشكال.
- عدم الإحرام بحج أو عمرة.
- عدم الاتفاق على كتمان النكاح.

وشروط الزوج:

- الإسلام.
- وخلوه من أربع زوجات.
- وليس تحته ما يحرم معها كبنت وخالتها.

وشروط الزوجة خمسة:

- الخلو من الزوج.
- وخلو من عدة غيره: فلا يصح عقد على معتدة من غير زوج، وأما معتدة منه فيصح إذا لم تكن مبتوتة.
- وأن تكون غير مجوسية.
- وغير أَمَةٍ كتابية.
- وغير مبتوتة له.

الركن الخامس: الصداق:

يرى ابن جزي من المالكية بأن الصداق ركن من أركان النكاح، بل يصح العقد الذي لا يذكر فيه الصداق. أما بقية العلماء فلا يعتبرونه من أركان عقد الزواج.

والصداق بفتح الصاد –وقد تكسر- مأخوذة من الصدق ضد الكذب لأن دخوله بينهما دليل على صدقهما في موافقة الشرع. ومعنى كونه ركنا أنه لا يصح اشتراط إسقاطه لا أنه يشترط تسميته عند العقد، فلا يرد صحة نكاح التفويض ولما كان الصداق من تمام الأركان قدمه على فصل الخيار مخالفا للشيخ خليل، لأن الخيار حكم يطرأ بعد استيفاء الأركان فرضي الله عن الجميع وعنا بهم.

وفي الشرع: هو ما يجعل للزوجة في نظير الاستمتاع بها، أو هو اسم لمال واجب على الرجل بنكاح أو وطء بشبهة.

وهو واجب لقول الله ﷻ: وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا} النساء: 4. أي وآتوا النساء مهورهن عطاء مفروضا، لا يقابله عوض، فإن أعطين شيئا من المهر بعدما ملكن من غير إكراه ولا حياء ولا خديعة فخذوه سائغا، لا غصة فيه ولا إثم معه.

وأقوى من النص السابق في الدلالة على الوجوب قوله ﷻ: فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً} النساء: 24. فقد أمر الله ﷻ في هذه الآية بإيتاء الزوجات أجورهن، والأجور المهور، والأمر للوجوب ما لم يصرفه عنه صارف، ويدل على الوجوب قوله فريضة، وما جعله كذلك إلا للزوجة، وعدم جواز إبطاله وإهداره.

والاتفاق على إسقاطه مفسد العقد.

ويشترط في شروط:

- الثمن من كونه متمولا.
- طاهرا.
- متفقا به.

- مقدورا على تسليمه.
- معلوما للطرفين قدرا وصنفا وأجلا.

وأقل المهر ربع دينار من الذهب، أو ثلاثة دراهم من الفضة، أو ما يقدر بأحدهما، وأما أكثر المهر فلا حد له فعلى حسب المقدرة والعرف واليسر والعسر لأن الله ﷻ قال: وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا النساء:20، والقنطار هو: المال الكثير ولكن لا ينبغي المغالاة في المهر فأكثر النساء بركة أيسرهن مؤونة، وقد نهى النبي ﷺ عن المغالاة في المهور. وفي شرح ميارة: وَرُبْعُ دِينَارٍ أَقَلُّ الْمُصْدَقِ ... وَلَيْسَ لِلْأَكْثَرِ حَدٌّ مَا ارْتَقَى.

ولا يشترط ذكره في حال العقد لأنه لا يتوقف عليه بدليل صحة نكاح التفويض بالإجماع، وإن كان لابد منه فيكون شرطا في صحته لخروجه عن ماهيته، وإذا لم يذكر حال العقد فلا بد من ذكره عند الدخول أو تقرر صداق المثل بالدخول.

جائزاته:

- جاز الصداق بما فيه يسير غرر أو جهالة لبنائه على المكارمة.
- جاز على عدد معلوم كعشرة من كإبل.
- جاز على صداق مِثْلٍ أي: يتزوجها بصداق مثلها.
- جاز تأجيله: أي الصداق كلا أو بعضا للدخول إن علم وقت الدخول عندهم كالنيل أو الصيف لا إن لم يعلم فيفسخ قبل البناء، ويثبت بعده بصداق المثل.
- جاز تأجيله إلى الميسرة إن كان الزوج مليا بأن كان له سلع يرصد بها الأسواق، أو له معلوم في وقف أو وظيفة لا إن كان معدما ويفسخ قبل الدخول لمزيد الجهالة.

ووجب على الزوج تسليمه عاجلا لها أو لوليها:

- إن تعين كثوب بعينه، إن طلبت الزوجة تعجيله، ولو كان الزوج صغيرا والزوجة غير مطيقة ويمنع تأخيره كمعين بتأخر قبضه في البيع ويفسد إن دخلا على تأجيله، إلا أن يقرب الأجل.
- أو حَلَ أي كان حالا.

وإذا لم يسلم لها المعين أو حال الصداق المضمون، فلها منع نفسها من الدخول حتى يسلمه لها، ولها منع نفسها من الوطء بعده أي بعد الدخول، ولها المنع من السفر معه قبل الدخول إلى تسليم أي أن يسلمها ما حل من المهر أصالة، أو بعد التأجيل هذا كله إن لم يحصل وطء ولا تمكين منه.

أما بعد الوطء أو التمكين منه، فليس لها منع بعد ذلك من وطء ولا سفر معه موسرا كان أو معسرا، وإنما لها المطالبة حاشية به فقط ورفعه للحاكم كالمدين.

إلا أن يستحق الصداق من يدها بعد الوطء فلها المنع بعد الاستحقاق وقبل تمكينها بعده حتى يسلمها بدله إن غرها بأن علم أنه لا يملكه، بل ولو لم يغر لاعتقاده أنه يملكه بأن ورِثه أو اشتراه.

المبحث الثالث: الطلاق:

مفهوم الطلاق:

- **لغة:** جاء في لسان العرب ومختار الصحاح وغيرهما من معاجم اللغة: طَلُقَ، ككَرُمَ، وهو طَلْقُ الوَجْه، مُثَلَّثَةً، وككَتِفٍ وأميرٍ، أي: ضاحِكُهُ مُشْرِقُهُ. وطَلْقُ اليدَيْنِ، بالفتح، وبضَمَّتَيْنِ: سَمْحُهُما. وطَلْقُ اللسانِ، بالفتحِ والكسرِ، وكأميرٍ، ولِسانٌ طَلِقٌ ذَلِقٌ، وطَلِيقٌ ذَليقٌ، وطُلُقٌ ذُلُقٌ، بضمتينِ، وكصُرَدٍ وكَتِفٍ: ذو حِدَّةٍ. وفَرَسٌ طَلْقُ اليَدِ اليُمْنَى: مُطْلَقُها. والطَّلْقُ: الظَّبْيُ، ج: أَطْلاقٌ، وكَلْبُ الصَّيْدِ، والناقَةُ الغَيْرُ المُقَيَّدَةِ. وطَلْقَةُ: فَرَسٌ. وطُلِقَتْ، كعُنِيَ، في المَخَاضِ طَلْقاً: أصابَها وجَعُ الوِلادَةِ، وـ من زَوْجِها، كنَصَرَ وكَرُمَ، طَلاقاً: بانَتْ، فهي طالِقٌ، ج: كرُكَّعٍ، وطالِقَةٌ، ج: طَوالِقُ. وأطْلَقَها وطَلَّقَها، فهو مِطْلاقٌ ومِطْليقٌ. وطُلَقَةٌ، كهُمَزَةٍ وسِكِّيتٍ: كثيرُ التَّطْليقِ. والطَّالِقَةُ من الإِبِلِ: ناقَةٌ تُرْسَلُ في الحَيِّ تَرْعَى من جَنابِهِم حَيْثُ شاءَتْ، أو التي يَتْرُكُها الراعي لنَفْسِه فلا يَحْتَلِبُها على الماءِ. وطَلَقَ يَدَهُ بِخَيْرٍ يَطْلِقُها: فتَحَها، كأَطْلَقَها، وناقةٌ طالِقٌ: بِلا خطامٍ، وأطْلَقَ الأسيرَ: خَلاَّهُ.

هذا أصل مادة هذه الكلمة في اللغة، ويبدو أن مدارها يدور حول الترك والتخلية والإرسال.

ويستعمل في معان أخر فيطلق على الصفو الطيب الحلال فيقال لك طلق أي حلال، ويطلق على البعد يقال طلق فلان إذا تباعد، ويطلق على الخروج يقال أنت طلق من هذا الأمر أي خارج من هذا.

وهذه المعاني المذكورة إذا أمعنا النظر فيها وجدنا بينها وبين مقصود الطلاق ترابطا واضحا فالمطلق تارك لزوجته وهو أيضا قد أحلها لغيره، وقد باعدها بفراقه لها وقد خرج أيضا عن العقد الذي كان يربطهما، فالطلاق قد اجتمعت فيه هذه المعاني جميعا.

- **شرعا:** تنوعت عبارات الفقهاء، وتعددت تعريفاتهم للطلاق في العرف الشرعي، وقد حرصت على التيان بأهم تعريفات كل الذاهب المشهورة:

عند الاحناف: "لفظ دال على رفع قيد النكاح".

عند المالكية: "إزالة عصمة الزوجة بصريح لفظ أو كناية ظاهرة أو بلفظ ما مع نية"، وقَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: "الطَّلَاقُ صِفَةٌ حُكْمِيَّةٌ تَرْفَعُ حِلِّيَّةٌ مُتْعَةِ الزَّوْجِ بِزَوْجَتِهِ مُوجِبًا تَكَرُّرَهَا مَرَّتَيْنِ لِلْحُرِّ وَمَرَّةً لِذِي رِقٍّ حُرْمَتُهَا عَلَيْهِ قَبْلَ زَوْجٍ".

عند الشافعية: "تصرف مملوك للزوج يحدثه بلا سبب فيقطع النكاح".

عند الحنابلة: "حل قيد النكاح أو بغضه".

ولعل أجمع تعريف هو الذي ذكره القرطبي رحمه الله حينما قال: "الطلاق هو حل العصمة المنعقدة بين الأزواج بألفاظ مخصوصة".

وإذا أردنا شرح التعريف: فإن أول أمر يتبادر للذهن أن الطلاق ليس عقدا وإنما هو فسخ العقد، ومعنى هذا أنه لا يحتاج إلى مجلس يوجد فيه طرفي العقد أي المتعاقدين، ومعنى

هذا أنهما لا يحتاج فيه إلى وجودهما في مجلس واحد عند حدوث الفسخ، ولكن المقصود أن يصل الفسخ إلى الطرف الثاني.

وطريقة الوصول كما تحددت في التعريف "بألفاظ مخصوصة"، فهل لا يقع الطلاق بغير هذه الوسيلة؟

مشروعية الطلاق:

دل على مشروعية الطلاق الكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

أما الكتاب:

فقوله تعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ" البقرة الآية: 229.

وقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ" سورة الطلاق الآية:1.

أما السنة:

فقوله ﷺ: "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"، أي الطلاق حق الزوج الذي له أن يأخذ بساق المرأة لا حق المولى وفي الزوائد في إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف والله أعلم.

وما ورد عنه ﷺ أنه طلق حفصة رضي الله عنها ثم راجعها.

والأحاديث والآثار في هذا كثيرة جدا.

أما الإجماع:

فقد أجمع العلماء على جوازه وهو واقع منذ الصدر الأول في الإسلام إلى هذا الزمان لا ينكره أحد.

والمعقول:

يؤيد جوازه كما سيأتي في الحكمة من مشروعيته.

حكم الطلاق:

شرع الطلاق من أجل رفع الضرر والحرج، ولما كان بعض الناس قد يغالي في استخدام ما خوله الشرع فيه بما قد يضر بنفسه وبغيره، فقد تعددت الأحكام الشرعية للطلاق ما بين حرام وواجب، وكان من أحسن ما ذكر في حكم الطلاق أنه تعتريه الأحكام الشرعية الخمسة وهي الوجوب والندب والإباحة والحرمة والكراهة، فقد يكون:

- **واجبا:** كطلاق الحكمين عند الشقاق، فإذا رأى الحكمان التفريق وجب، وكذلك المولي إذا مضت مدة التربص وأبى الفيئة، فهو مأمور به، إما أن يفي وإما أن يطلق.
- **مندوبا:** إذا كان يقصر في حقها لبغض أو غيره، أو كانت غير عفيفة، وكذا عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها مثل الصلاة ونحوها ولا يمكنه إجبارها عليها، قال الإمام

أحمد: "لا ينبغي له إمساكها، وذلك لأن فيها نقصا لدينه ولا يأمن إفسادها لفراشه وإلحاقها به ولدا ليس هو منه.

- **حراما:** كالطلاق البدعي وهو الطلاق في الحيض أو في طهر جامعها فيه، أجمع العلماء في جميع الأمصار وكل الأعصار على تحريمه.

- **مكروها:** كطلاق الزوجة مستقيمة الحال العفيفة، والطلاق من غير ما حاجة إليه.

- **مباحا:** وهو الطلاق عند الحاجة إليه، لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر بها من غير حصول الغرض بها، وكطلاق من لا يهواها، ولا تسمح نفسه بمؤنتها، والاستمتاع بها.

ألفاظ الطلاق:

ينقسم الطلاق باللفظ إلى نوعين، صريح وكناية:

الصريح:

لغة: "اسم الكلام مكشوف المراد منه بسبب كثرة الاستعمال، حقيقة كان أو مجازا، وبالقيد الأخير خرج أقسام البيان، مثل: بعت واشتريت، وحكمه: ثبوت موجبه من غير حاجة إلى النية".

"المحض الخالص من كل شيء... وصريح النصح محضه ويوم مصرح أي ليس فيه سحاب".

وصريح الطلاق لغة: "الصريح ما لا يحتمل غيره أي بحسب الوضع العرفي من كل شيء".

اصطلاحا: فليس هناك معنى اصطلاحي له، إلا أنه بحسب ما يضاف إليه عرفا فإذا أضيف للطلاق كان على النحو التالي:

الطلاق الصريح:

عند المالكية: "الصريح الذي تنحل به العصمة ولو لم ينو حلها متى قصد اللفظ (طلقت وأنا طالق) منك (أو أنت) طالق (أو مطلقة) بتشديد اللام المفتوحة (أو الطلاق لي) أو علي أو مني أو لك أو عليك أو منك ونحو ذلك (لازم) ونحوه (لا منطلقة) ومطلوقة ومطلقة بسكون الطاء وفتح اللام مخففة حيث لم ينو به الطلاق لأن العرف لم ينل ذلك لحل العصمة فهو من الكناية الخفية. (وتلزم) في لفظ من الألفاظ الأربعة المذكورة طلقة (واحدة إلا لنية أكثر) فيلزمه ما نواه".

"وأما الصريح فتضمن لفظ الطلاق على أي وجه كان كطلقته أو أنا طالق منك أو أنت طالق أو مطلقة أو الطلاق له لازم وما أشبه ذلك مما ينطق به بالطلاق، فيلزم بهذه الألفاظ الطلاق ولا يفتقر إلى نية. قال الْمُتَيْطِيُّ: هَذِهِ الْأَلْفَاظُ يُحْكَمُ فِيهَا بِوَاحِدَةٍ، نَوَاهَا أَوْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا".

ذكر ابن رشد في بداية المجتهد أن مشهور مذهب مالك أن الطلاق يقع باللفظ والنية وعنه رواية أخرى أنه يقع باللفظ دون النية.

ولكم المنقول عن مالك في المدونة أنه يوقع الطلاق بدون نية حتى في الألفاظ غير الصريحة، قال سحنون: "قلت أرأيت إن قال لامرأته أنت علي كالميتة أو كالدم أو كلحم الخنزير ولم ينو به الطلاق؟ قال -أي ابن القاسم-قال مالك هي البتة وإن لم ينو الطلاق".

قال ابن المواز "قال مالك فيمن قال أنت طالق ولا نية له فهي واحدة".

المالكية -قالوا: **الطلاق الصريح** تنحصر ألفاظه في أربعة، أحدها: طلقت. ثانيها: أنا طالق منك. ثالثها: أنت طالق، أو مطلقة مني -بتشديد اللام-رابعها: الطلاق لي لازم. أو علي لازم. أو مني. أو لك. أو عليك لازم، أو نحو ذلك، فهذه الأربعة هي الصريح، ويلزم بكل لفظة من هذه الألفاظ الأربعة طلقة واحدة إن لم ينو شيئاً، وأما إذا نوى بها اثنتين أو ثلاثاً فإنه يلزمه ما نواه، خلافاً للحنفية الذين يقولون إن الصريح لا نية فيه، فلو نوى به أكثر من واحدة فلا يلزمه إلا واحدة. ثم إن الصريح الذي وقعت به واحدة إن كان قبل الدخول أو كان في نظير عوض -وهو الخلع-فإنه يكون بائناً، وإلا فإنه يكون رجعياً، فالبائن عند المالكية الخلع، والطلاق قبل الدخول، والطلاق البات، سواء كان ثلاثاً، كما إذا كان بلفظ ثلاث. أو كان بالكنايات الظاهرة التي سيأتي بيانها أو حكم به حاكم، كما سيأتي في شروط الرجعة، والرجعي بخلافه. هذا وإذا قال لها: أنت منطلقة أو مطلقة -بفتح اللام مخففة-فإن نوى بها الطلاق وقع، كما في الكنايات الخفية الآتي ذكرها، وإن لم ينو فلا يقع بها شيء، لأن العرف لم يعتبرها طلاقاً.

طلاق الكناية:

المالكية -قالوا: تنقسم الكناية إلى قسمين: كناية خفية وكناية ظاهرة:

فالكناية الخفية ما كانت دلالتها على الطلاق غير ظاهرة وهي ثلاثة أقسام:

1. قسم يوجد فيه حروف الطلاق ولكن العرف لم يستعمله في إنشاء الطلاق وهو ثرثرة ألفاظ: منطلقة مطلوقة مطلقة بفتح اللام مخففة -.

2. وقسم يحتمل الدلالة على الطلاق مع بعد نحو اذهبي انصرفي لم أتزوجك أنت حرة الحقي بأهلك ومثل ذلك ما إذا سأله شخص هل لك امرأة فقال: لا أو قال لها: لست لي بامرأة من غير تعليق على شيء أما إذا قال لها: إن دخلت الدار فلست لي بامرأة فإن لم ينو به شيئا. أو نوى الطلاق بدون عدد فإنه يلزمه ثلاث وإن نوى غير الطلاق فإنه يصدق بيمينه قضاء ويصدق بدون يمين في الإفتاء.

3. والقسم الثالث: أن يكون بين اللفظ وبين الطلاق علاقة ما نحو كلي واشربي وادخلي واسقني الماء وغير ذلك من الألفاظ التي يقصد بها تطليق زوجته. وليست من الطلاق الصريح. ولا الكناية الظاهرة الآتي بيانها.

وقد اعترض بعض المحققين على هذا بأن الكناية استعمال اللفظ في لازم ما وضع له والطلاق ليس لازما لمثل هذه الألفاظ فكيف تسمى مستعملة في الطلاق؟ والجواب: أن الكلام هنا في اصطلاح الفقهاء وما ذكره اصطلاح البيانيين ولا مشاحة في الاصطلاح وحكم الكناية الخفية يتبع النية فإن لم تكن له نية أصلا. أو نوى عدم الطلاق فإنه لا يلزمه بها شيء وإن نوى الطلاق لزمه ثم إذا نوى واحدة لزمه واحدة وإن نوى أكثر لزمه الأكثر فلو قال لامرأته: ادخلي الدار ونوى به ثلاث طلقت منه ثلاثا فالمدار فيها على النية واختلف فيما إذا نوى بها الطلاق

ولكنه لم ينو عددا فقال بعضهم: إنه يلزمه الثلاث ولكنهم اعترضوا على هذا بأن الطلاق الصريح إذا لم ينو به عددا لا يلزمه إلى واحدة فكيف تلزمه الثلاث بالكناية الخفية؟ وأجيب بالفرق بين الحالتين وذلك لأن عدوله عن الصريح أوجب ريبة عنده في ذلك فعومل بالثلاث احتياطا ولا فرق في ذلك بين المدخول بها وغيرها. وبعضهم قال: إنه لا يجب به إلا طلقة واحدة بائنة في غير المدخول بها ورجعية في المدخول بها.

أما **الكناية الظاهرة** فإنها تنقسم إلى خمسة أقسام:

القسم الأول: ما يلزم فيه الطلاق الثلاث سواء كانت الزوجة مدخولا بها أو لا بدون نظر إلى نية وهو لفظان: أحدهما أن يقول لها: أنت بتة فإذا قال لها هذه الكلمة طلقت منه ثلاثا سواء قال: إنه نوى الطلاق أو لا وسواء قال إنه نوى واحدة أو أكثر وذلك لأن البت معناه القطع فكأنه قطع عقدة النكاح التي بينهما بتاتا. ثانيهما: أن يقول لها: حبلك على غاربك فهذا كناية عن أنه ألقى عصمتها من يده على كتفها فلا شأن له بها فيقع عليه الطلاق الثلاث.

وسيأتي أن هذين إنما يقع بهما الثلاث إذ كان العرف جاريا على أن يطلق الرجل بهما وإلا كانت من الكنايات الخفية التي تقدم حكمها.

القسم الثاني: ما يلزم فيه الطلاق الثلاث إذا كانت الزوجة مدخولا بها أما إن كانت غير مدخول بها فإنه يلزمه فيه طلقة واحدة إن لم ينو أكثر وهو ثلاثة أمور: الأول أن يقول لها: أنت طالق واحدة بائنة فإذا قال لها ذلك وكانت مدخولا بها وقع عليه الطلاق الثلاث وذلك لأن البينونة بغير عوض وبغير لفظ الخلع بعد الدخول تنحصر في البينونة الكبرى وهي الطلاق الثلاث أما إذا كانت قبل الدخول أو كانت مقارنة لعوض الخلع فإنها تكون واحدة فإن قلت: إن قوله: أنت طالق واحدة بائنة قد نص فيها على الواحدة فلماذا لا يعامل بها؟ والجواب: أن لفظ الواحدة تهمل للاحتياط. الثاني: أن يذكر لفظ الطلاق صريحا وينوي به الواحدة البائنة كأن يقول لها: أنت طالق وهو ينوي به واحدة بائنة فإن كانت الزوجة مدخولا بها طلقت منه ثلاثا لأن نية الواحدة البائنة كالنطق بها فإن لم تكن مدخولا بها طلقت واحدة إن لم تكن له نية فإن نوى أكثر عومل بما نواه. الثالث: أن يذكر لفظ كناية خفية ويريد به تطليقها واحدة بائنة كما إذا قال لها: ادخلي الدار ونوى به تطليقها واحدة بائنة فكأنه قال لها: أنت طالق واحدة بائنة فإنه يلزم بذلك الطلاق الثلاث إذا كانت الزوجة مدخولا بها فإن لم تكن مدخولا بها لزمته طلقة واحدة إلا أن ينوي أكثر.

والحاصل أنه إذا صرح بقوله: أنت طالق واحدة بائنة لزمه الثلاث في المدخول بها وواحدة في غير المدخول بها ما لم ينو أكثر وإذا عبر عن معنى هذه الجملة بطلاق صريح كما إذا قال لها: أنت طالق ونوى تطليقها واحدة بائنة فكذلك وكذا إذا عبر عنها بكناية خفية كما إذا قال لها: ادخلي الدار وأراد تطليقها واحدة بائنة أما التعبير عنها بالكناية الظاهرة كما إذا قال لها: خليت سبيلك فإنه لا فائدة فيه وذلك لأن الكناية الظاهرة يلزمه فيها الطلاق الثلاث في المدخول بها وإن لم ينو الواحدة البائنة فإذا قال لامرأته المدخول بها: خليت سبيلك طلقت منه ثلاثا وإن لم ينو الواحدة البائنة وقد يقال: إنه إذا قال لها: خليت سبيلك لا يقع بها الثلاث إلا إذا نوى عدد الثلاث بخلاف ما إذا نوى الواحدة البائنة فإنه يقع بها الثلاث بدون نية عدد

وعلى هذا يصح أن يقال: إذا صرح بقوله: أنت طالق واحدة بائنة. أو عبر عنه بطلاق صريح أو بكناية خفية. أو بكناية ظاهرة لزمه الطلاق الثلاث إذا كانت زوجته مدخولا بها ولزمته إذا كانت غير مدخول بها ما لم ينو أكثر.

القسم الثالث: من الكنايات الظاهرة ما يلزم به الطلاق الثلاث في المدخول بها وغيرها ولكن في المدخول بها تلزمه الثلاث وإن لك ينو. أو نوى واحدة أو ثنتين أما غير المدخول بها فإنه يلزمه الثلاث إن نوى أو لم ينو شيئا. لأنه من الكنايات الظاهرة التي لا تتوقف على نية.

وذلك في ألفاظ منها أنت كالميتة والدم ولحم الخنزير ومنها وهبتك لأهلك أو وهبتك لنفسك. ومنها أن يقول لها: ما أرجع إليه من أهل الحرام ويريد من الأهل الزوجة أما إذا أراد أقاربه غيرها فإنه يقبل منه ومنها أن يقول لها: أنت خلية. أو برية أو أنا منك خلي أو بري. ومنها أنت بائنة. أو أنا منك بائن فكل هذه الألفاظ يقع بها الطلاق الثلاث في المدخول بها ولو نوى أقل أو لم ينو وفي غير المدخول بها يقبل منه إذا نوى أقل من الثلاث نعم إذا دلت قرينة على أنه لا يريد الطلاق وقال: إنه لم ينو الطلاق فإنه يقبل منه قضاء وإفتاء بيمينه وذلك كما إذا كان يتكلم معها في نظافتها ورائحتها فقال لها: أنت كالميتة والدم ولحم الخنزير وأراد بذلك قذارتها ونتنها أو كان يتكلم معها في حسن الأدب والمعاشرة فقال لها: أنت خلية أو برية أي خالية من الأدب أو بريئة منه أو كانت تتكلم معه في احتياج أبويها إلى خدمتها أو في احتياجها إلى الراحة فقال لها: وهبتك لأهلك أو وهبتك لنفسك. أو طلب منها أن تقرب منه وكان بينهما فرجة وقال لها: أنت بائنة مني أي منفصلة عن ملاصقتي أو نحو ذلك وهذا ما يسميه المالكية بساط اليمين فإذا دل البساط على أنه لا يريد الطلاق فإنه يقبل منه في المدخول بها وغيرها.

هذا ويشترط في وقوع الطلاق بهذه الألفاظ كلها أن يكون العرف جاريا على أن يطلق الناس بها أما إذا كانوا لا يطلقون بهذه العبارات فإنها لا تكون كناية ظاهرة بل تكون من الكنايات الخفية التي لا يقع بها شيء إلا بالنية ومثل هذه الألفاظ حبلك على غاربك التي يقع بها الثلاث في المدخول بها وغيرها فإنه إذا لم يكن عرف الناس جاريا على التطليق بها كما في زماننا لا يقع بها الطلاق إلا بالنية فإذا نوى واحدة لزمته وهكذا كما تقدم. وقد قال المحققون من المالكية: لا يحل للمفتي أن يفتي في الطلاق وغيره من الأحكام المبنية على العوائد والعرف كالمنافع في الإجارة والوصايا والنذر والأيمان إلا بعد أن يعلم عرف أهل البلد أو القبيلة في ذلك الأمر.

وبهذا تعلم أن معظم الكنايات الظاهرة التي قال المالكية إنه يقع الثلاث في المدخول بها بدون نظر إلى نية هي من الكنايات الخفية في زماننا لأنه لم يطلق بها أحد.

القسم الرابع: ما يلزم به الطلاق الثلاث إلا إذا نوى أقل منها في المدخول بها وغيرها وهي أن يقول لها: خليت سبيلك فإذا قال لامرأته ذلك فإنه يلزمه الثلاث إن نوى الثلاث أو لم ينو شيئا أما إذا نوى واحدة أو اثنتين فإنه يلزمه ما نواه سواء دخل بها أو لم يدخل فإذا نوى بقوله: خليت سبيلك طلقة واحدة بائنة في المدخول بها لزمه الثلاث وإن لم ينو الثلاث لما عرفت من أن الواحدة البائنة يلزم بها الثلاث فكذا ما يعبر به عنها أما في غير المدخول بها فإنه يلزمه واحدة كما تقدم.

القسم الخامس: ما يلزم فيه واحدة في المدخول بها وغيرها إلا إذا نوى أكثر وهو اعتدي وفارقتك.

هذا ومن الكنايات الظاهرة التي يلزم فيها الثلاث أنت خالصة أو لست لي على ذمة. وأما عليه السخام فيلزم فيه واحدة إلا أن ينوي أكثر أما نحو عليه الطلاق من فرسه ومن ذراعه فإنه لا يلزم فيه شيء وبعضهم يقول: إن قوله أنت خالصة أو لست لي على ذمة يقع به واحدة بائنة.

آراء العلماء في وقوع الطلاق بغير اللفظ:

المتأخرون ناقشوا مسألة الطلاق بالكتابة إلى الغائب، كما سيأتي تفصيله، واتفقوا على وقوع الطلاق بالكتابة المعنونة باسم الزوجة والموجهة إليها شخصيا، وجعلوا حكمها حكم الطلاق الصريح إذا كان اللفظ صريحا.

وبظهور صور جديدة للوسيلة التي يقع بها الطلاق:

فهل يمكن أن يقع الطلاق بالفعل أو الكتابة، أو الإشارة المفهومة، أو المفهوم من القرائن وسياق الكلام؟

الوسائل التي تقوم مقام اللفظ:

الطلاق بالفعل: الأصل أن الفعل لا يقع به طلاق، فمن يغضب من زوجته ويأخذها إلى بيت أهلها، ويبعث لها مؤخر صداقها مثلا دون أن يتلفظ بالطلاق، لا يعدّ مطلقا.

الطلاق بالإشارة: يقع الطلاق بالإشارة، إذا انضم للإشارة من القرائن ما يؤكد على دلالتها على الطلاق في عرفه الذي يعلمه المتصلون به.

الطلاق بالكتابة: إذا كان الطلاق يقع بكل لفظ يدل عليه إذا وضحت الدلالة، واستبان قصد إيقاع الطلاق فإن ما يقوم مقام اللفظ الصريح الكتابة المستبينة (التي تبقى صورتها بعد الانتهاء منها) إذا كانت باسم الزوجة وعنوانها.

الطلاق بالإرسال: ومعناه أن يجعل الزوج إعلام زوجته بثبوت طلاقها لغيره، وذلك بأن يرسل إليها من يخبرها أنه طلقها.

الإقرار بالطلاق: وهو واقع، فإذا قال الزوج لشخص اكتب طلاق امرأتي وابعث به إليها. فإن ذلك يكون إقرارا بالطلاق فسواء كتب أو لم يكتب يقع الطلاق.

الطلاق كتابة وإرسالا: ومثاله الطلاق عن طريق إرسال رسالة سمعية أو كتابة عن طريق الهاتف النقال، أو البريد الإلكتروني، هذه الصورة التي ما زالت تثير نقاشا حاميا بين الفقهاء، فمنهم من قبلها بشرط أن يؤكد على واقعة الطلاق في المحكمة، ومنهم من رفضها مطلقا لما فيها من استهزاء بالميثاق الغليظ الذي ربط الزوجين.

أركان الطلاق:

أركان الطلاق ثلاث:

الركن الأول: الزوج "المطلِق":

فليس لغير الزوج أن يوقع طلاقا لقوله ﷺ، ولابد أن يكون الزوج عاقلا بالغا مختارا غير مكره، لقوله ﷺ: "إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ لِي عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ". حَدِيثٌ حَسَنٌ رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهْ وَالْبَيْهَقِيُّ.

الركن الثاني: الزوجة:

الزوجة التي تربطها بالزوج المطلق رابطة الزواج، بأن تكون في عصمته حقيقة: لم تخرج عنه بفسخ أو طلاق. أو حكما: كالمعتدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى.

فإذا لم يصادف الطلاق محله فلا يعتبر به لقوله ﷺ: "لَا نَذْرَ لِابْنِ آدَمَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ، وَلَا طَلَاقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ، وَلَا عَتَاقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ". رواه الحاكم.

الركن الثالث: الصيغة:

اللفظ الدال على الطلاق.. صريحا كان أو كناية.. فالنية لا تكفي وحدها لوقوع الطلاق.

أقسام الطلاق:

من حيث اختلاف أحوال المرأة:

إلى أقسام، ولمعرفة هذا ينبغي الوقوف أولا على الأحوال التي تعتري المرأة. أحوال المرأة: لا يخلوا حال المرأة من إحدى هذه الحالات، فهي إما أن تكون:

- غير مدخول بها.
- أو مدخولا بها: ولها حالات، فهي:
  - إما أن تكون حائضا أو نفساء.
  - أو طاهرا طهرا جومعت فيه.
  - أو طاهرا طهرا لم تجامع فيه.
  - أو حاملا.
  - وإما أن تكون صغيرة أو آيسة لا تحيض ولا تحمل.

هذه هي أحوال المرأة، وبناء على هذه الأحوال ينقسم الطلاق إلى:

1. **طلاق سني:** وهو الذي تطلق فيه الزوجة حالة كونها حاملا، أو طاهرا طهرا لم تجامع فيه، وعلى هذا، فالحامل وغير المدخول بها لا بدعة في طلاقهما عند الجمهور، وألحقت بهما الصغيرة والآيسة.
2. **طلاق بدعي:** وهو أن يطلقها في حال الحيض أو في طهر قد جامعها فيه ولا يدري أحملت أم لا.

3. قال الحافظ ابن كثير وطلاق ثالث **<u>لا سنة فيه ولا بدعة:</u>** وهو طلاق الصغيرة والآيسة وغير المدخول بها.

المقصود بالطلاق البدعي في الشرع:

طلاق البدعة هو خلاف طلاق السنة، وطلاق السنة: هو أن يوقع الرجل الطلاق على زوجته وفق ما أذن الله به وشرعه لعباده، فيطلقها مرة واحدة في طهر لم تجامع فيه، أو حالة كونها حاملا.

روى الدارقطاني عن عبد الله بن مسعود قال: طلاق السنة أن يطلقها في كل طهر تطليقة... وورد مثل ذلك عن الإمامين أبي حنيفة والشافعي.

وأما الطلاق البدعي فالمقصود به عند الفقهاء أن يوقع الرجل الطلاق على زوجتها في صورة من هذه الصور:

- أن يوقعه عليها حالة كونها حائضا.
- أن يوقعه عليها حالة كونها طاهرا طهرا قد مسها فيه.

✓ وهل يدخل عدد الفاظ الطلاق أو مراته في تعيين السني أو البدعي؟ في هذه المسألة خلاف بين العلماء.

روى الدرقطاني من حديث عبد الرزاق بسنده عن ابن عباس قال: الطلاق على أربعة وجوه: وجهان حلالان ووجهان حرامان، فأما الحلال: فأن يطلقها طاهرا عن غير جماع، وأن يطلقها حاملا مستبينا حملها. وأما الحرام: فأن يطلقها وهي حائض، أو يطلقها حين يجامعها، لا تدري اشتمل الرحم على ولد أم لا.

وبهذا يتبين أنه لا يجوز شرعا أن يقدم الزوج على هذا النوع من الطلاق، أعني أن الشرع يحرم على الزوج أن يلقي الطلاق على زوجته في هذه الأوقات المخصوصة (فترة الحيض، وفي الطهر الذي جامعها فيه)، وأنه إن فعل هذا فقد أثم، قال الفخر: يقع الطلاق المخالف للسنة، وصاحبه آثم، لما روي عن النبي ﷺ أن رجلا طلق امرأته ثلاثا بين يديه، فقال له: "أو تلعبون بكتاب الله وأنا بين أظهركم".

قال القرطبي وغيره: قال علماؤنا -أي علماء المالكية- طلاق السنة ما جمع سبعة شروط، وهي:

أ. أن يطلقها واحدة.

ب. وهي ممن تحيض.

ج. طاهرا.

د. لم يمسها في ذلك الطهر.

هـ. ولا تقدمه طلاق في حيض.

و. ولا تبعه طلاق في طهر يتلوه.

ز. وخلا عن العوض.

قال: وهذه الشروط السبعة مستقرات من حديث ابن عمر رضي الله عنه المعروف في هذا الباب.

وقال البغوي: اعْلَمْ أَنَّ الطَّلَاقَ فِي حَالِ الْحَيْضِ وَالنِّفَاسِ بِدْعَةٌ، وَكَذَلِكَ فِي الطُّهْرِ الَّذِي جَامَعَهَا فِيهِ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: "وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ". وَالطَّلَاقُ السُّنِّيُّ: أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي طُهْرٍ لَمْ يُجَامِعْهَا فِيهِ. وَهَذَا فِي حَقِّ امْرَأَةٍ تَلْزَمُهَا الْعِدَّةُ بِالْأَقْرَاءِ. فَأَمَّا إِذَا طَلَّقَ غَيْرَ الْمَدْخُولِ بِهَا فِي حَالِ الْحَيْضِ أَوْ طَلَّقَ الصَّغِيرَةَ الَّتِي لَمْ تَحِضْ قَطُّ أَوِ الْآيِسَةَ بَعْدَ مَا جَامَعَهَا أَوْ طَلَّقَ الْحَامِلَ بَعْدَ مَا جَامَعَهَا أَوْ فِي حَالِ رُؤْيَةِ الدَّمِ لَا يَكُونُ بِدْعِيًا. وَلَا سُنَّةَ وَلَا بِدْعَةَ فِي طَلَاقِ هَؤُلَاءِ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: "ثُمَّ لِيُطَلِّقْهَا طَاهِرًا أَوْ حَامِلًا". وَالْخُلْعُ فِي حَالِ الْحَيْضِ أَوْ فِي طُهْرٍ جَامَعَهَا فِيهِ لَا يَكُونُ بِدْعِيًّا، لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَذِنَ لِثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ فِي مُخَالَعَةِ زَوْجَتِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَعْرِفَ حَالَهَا وَلَوْلَا جَوَازُهُ فِي جَمِيعِ الْأَحْوَالِ لِأَشْبَهَ أَنْ يَتَعَرَّفَ الْحَالَ.

<u>من حيث الأثر الناتج عنه:</u>

ينقسم الطلاق من حيث الأثر الناتج على الحياة الزوجية إلى قسمين رجعي وبائن.

المطلب الأول: **<u>الطلاق الرجعي</u>**:

تعريفه:

هو الطلاق الذي يوقعه الزوج على زوجته التي دخل بها حقيقة إيقاعا مجردا عن أن يكون في مقابلة مال ولم يكن مسبوقا بطلقة أصلا أو كان مسبوقا بطلقة واحدة.

والدليل عليه:

قوله ﷻ: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان". وفي الآية بيان أن الطلاق المشروع يكو مرة بعد مرة وللزوج الحق أن يراجع زوجه بعد الطلقة الأولى أو الثانية مالم تنقضي عدتها والإمساك بالمعروف معناه مراجعتها ويقول ﷻ: "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا" وفي الصحيح أن الرسول ﷺ قال لعمر حينما أخبره أن ابنه طلق زوجه وهي حائض له: "مره فليراجعها".

شروط وقوع الطلاق الرجعي:

1. أن يكون في نكاح صحيح.
2. أن يكون الزوج قد بنى بزوجه التي أوقع عليها الطلاق لأن المطلقة قبل الدخول تبين من زوجها ولا عدة عليها لقوله ﷻ: "يا أيها الذين أمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا".

وعند الحنفية والمالكية والشافعية لا تقوم الخلوة الصحيحة دون دخولها بها حقيقة ولهذا يقع الطلاق عندهم في هذه الحالة طلاقا بائنا وعند الحنابلة الخلوة الصحيحة تقوم مقام الدخول

حتى لو أنه طلقها قبل الدخول بها لكن بعد الخلوة الصحيحة بها جاز له إرجاعها باعتبار أن طلاقه طلاق رجعي.

3. ألا يكون الطلاق مقابل عوض من الزوجة لأنه يصير عندئذ خلعا ولا يحق له مراجعتها إلا بموافقتها وبمهر جديد وعقد جديد كما في باب الخلع. وقال صاحب المغني: "أجمع أهل العلم على أن الحر إذا طلق الحرة بعد الدخول بها أقل من ثلاث بغير عوض ولا أمر يقتضي بينونتها فله عليها الرجعة ما كانت في عدتها".

4. ألا يكون مكملا للثلاث ولأن الزوج من حقه إرجاع زوجه بعد الطلقة الأولى والثانية أما بعد الثالثة فلا يصح له حتى تنكح زوجا غيره وهو الطلاق البائن كما سيأتي.

حكم الطلاق الرجعي:

1. للزوج حق ارجاع زوجه ما دامت في عدتها بدون عقد جديد لقوله ﷻ: "وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ان أرادوا اصلاحا"، ولا يشترط في ذلك رضا الزوجة ولا علمها وإن استحب ذلك وتصح مراجعتها بالقول مثل أن يقول راجعتك أو بالفعل كالجماع ودواعيه.

2. الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية القائمة ما دامت الزوجة في العدة ففي الآية السابقة سمى الله ﷻ المطلقات أزواجا بعد الطلاق "وبعولتهن" ولا يكون ذلك إلا إذا كانت الزوجية قائمة ولذلك جاء في المغني لابن قدامه قوله: "والرجعية يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه ولعانه ما دامت في العدة ويرث أحدهما الآخر إذا حصلت وفاة أحدهما وهي في العدة وإن خالعها صح خلعه.

3. لا يحل بالطلاق الرجعي المؤجل من المهر لأحد الأجلين وإنما يحل ذلك بعد انقضاء العدة.

4. الطلاق الرجعي ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجه فإن الزوج يملك إيقاع ثلاث طلقات على زوجه فإن طلق واحدة احتسبت وبقيت له ثنتان وإن طلق الثانية احتسبت وبقيت له واحدة تبين بعدها.

مسألة:

لو أراد الزوج مراجعة زوجه من طلاق رجعي أثناء العدة فادعت انقضاء عدتها نظر فإن كان الوقت الذي ادعت فيه تنقضي فيه العدة عادة قبل قولها لقوله ﷻ: "ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر".

فلولا أن قولها مقبول لما نهاهن الله ﷻ عن الكتمان والمطالبة بإظهاره هنا هو الحيض والحمل كما نص على ذلك أهل العلم وان ادعت انقضاء العدة في مدة لا تنقضي فيها العدة حتى على أقل مدة عند الفقهاء فالقول عندئذ قول الزوج لظهور عدم صحة قولها.

المطلب الثاني: **<u>الطلاق البائن</u>:**

إذا لم يكن للزوج حق الرجعة سمي الطلاق بائنا وينقسم إلى قسمين: بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى.

أولا: **البائن بينونة صغرى:**

تعريفه:

هو الطلاق الذي لا يملك الزوج فيه حق الرجعة إلا بعقد جديد ومهر جديد سواء كان أثناء العدة أم بعدها.

حالاته:

أ. الطلاق قبل الدخول إذ لا يملك الزوج في هذه الحالة إذا أراد أن يراجع زوجه إلا أن يعقد عليها عقدا جديدا ويسمي لها مهرا.

ب. الطلاق على عوض والمسمى في الفقه بالخلع لأن المرآة ما دفعت العوض إلا لتتخلص من قيد الزوجية وتملك أمر نفسها وبه لا يملك الزوج ارجاع زوجه إلا برضاها وعقد جديد ومهر جديد.

ج. بعض الحالات التي يفرق فيها القاضي كتفريق القاضي بسبب الشقاق بين الزوجين أو تضرر الزوجة من غيبة الزوج وحبسه.

د. المطلقة رجعيا إذا انقضت عدتها ولم يراجعها زوجها.

حكمه:

أ. الطلاق البائن بينونة صغرى يزيل قيد الزوجية بمجرد وقوعه فتصبح الزوجة أجنبية عن زوجها فلا يحل له الاستمتاع بها ولا يرث أحدهما الآخر إذا مات أثناء العدة أو بعدها.

ب. لا يحتاج الطلاق البائن بينونة صغرى لمحلل بمعنى أنه لا يشترط لحلها لزوجها أن تنكح زوجا غيره وإنما يكتفي بمهر جديد وعقد جديد.

ج. يحل بالطلاق البائن مؤخر الصداق المؤجل لأقرب الاجلين.

د. لا يملك الزوج حق إرجاع زوجه إلا برضاها ومهر جديد وعقد جديد.

هـ. ينقص الطلاق البائن بينونة صغرى عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجه فإذا رجعت إليه بعقد جديد ومهر جديد عادت إليه بما بقي من الطلقات.

وقد اتفق الفقهاء على ان المطلقة الرجعية إذا أراد زوجها إرجاعها وكذلك البائن بينونة صغرى إذا عقد عليها زوجها عقدا جديدا قبل أن تتزوج بزوج آخر تعود إليه بما بقي له من الطلقات الثلاث واحدة أو اثنتين.

ثانيا: **البائن بينونة كبرى:**

تعريفه:

هو الطلاق الذي لا يملك الزوج فيه حق الرجعة إلا بعقد جديد ومهر جديد بعد أن تنكح زوجا آخر ويدخل بها ثم يفارقها بموته أو بالطلاق وتنتهي عدتها.

حالاته:

يقع الطلاق بائنا بينونة كبرى إذا كان مكملا الثلاث لقوله ﷻ: {الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ} سورة البقرة الآية: 229،230. ولقوله ﷺ لامرأة رفاعة وقد طلقها زوجها ثلاثا وأرادت أن تعود إليه بعد أن تزوجت بآخر لكن بدون معاشرة زوجية {لا حتى تذوقي عسيله ويذوق عسيلتك} وهذا القول كناية عن الوطء.

حكمه:

يأخذ جميع أحكام الطلاق البائن بينونة صغرى التي ذكرت من قبل إلا أنه يزيل قيد الزوجية والحل أي أن الزوجة المطلقة ثلاثا لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجا غيره ثم يفارقها بموت أو طلاق وتنقضي عدتها ثم إذا شاء زوجها الأول أن يعقد عليها برضاها كان له ذلك ولكن بعقد جديد ومهر جديد.

شروط النكاح الذي تحل به المطلقة ثلاثا للزوج الأول:

أ. يشترط في النكاح الذي تحل به المطلقة ثلاثا للزوج الأول أن يكون صحيحا ظاهرا وباطنا بأن يكون مستوفيا لشروطه وأركانه وأن يكون المقصود منه إقامة البيت وتحقيق أغراض الزواج في الإسلام.

ب. اشترط جمهور الفقهاء الوطء فلا يكفي مجرد العقد الصحيح وذلك لحديث عائشة أن رفاعة القرظي تزوج امرأة ثم طلقها فتزوجت آخر فأتت النبي ﷺ فذكرت له أنه لا يأتيها وأنه ليس معه إلا مثل هدبة الثوب فقال: {لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك}.

<u>من حيث التعليق والتنجيز:</u>

<u>المنجزة:</u> هي التي قصد بها من أصدرها وقوع الطلاق في الحال كأن يقول لزوجته: أنت طالق وحكمه يقع في الحال متى صدر من أهله وصادف محلا.

<u>المعلق:</u> هو ما جعل الزوج فيه وقوع الطلاق معلقا على شرط، مثل أن يقول لزوجته: لو خرجت من البيت أنت طالق. وحكم هذا الطلاق أنه إذا أراد الطلاق عند وقوع الشرط،

فهو كما أراد، وأما إن قصد به الحض على الفعل أو الترك ونحو ذلك فهو يمين إن وقع ما حلف عليه لزمته كفارة يمين، وإن لم يقع ما حلف به لم يلزمه شيء (مذهب شيخ الإسلام ابن تيمية).

حكم توثيق الطلاق:

لم أجد من تكلم على ذلك من الفقهاء، ويمكن قياسه على قول الجمهور في حكم كتابة الدين وأنه على الندب، لقوله ﷻ: {ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف} البقرة الآية: 288. قال محمد الأمين الشنقيطي رحمه الله: "فالتحقيق أن الأمر في قوله ﷻ: {وليكتب بينكم كاتب بالعدل} البقرة الآية: 282. للندب والإرشاد لأن لرب الدين أن يهبه ويتركه إجماعا فالندب إلى الكتابة فيه إنما هو على جهة الحيطة للناس".

وقال ابن عطية رحمه الله: "جمهور العلماء الأمر بالكتب ندب إلى حفظ الأموال وإزالة الريب".

ولا خلاف بين فقهاء الأمصار أن الأمر بالكتابة والإشهاد والرهن المذكور جميعه في هذه الآية ندب وإرشاد إلى ما لنا فيه الحظ والصلاح والاحتياط للدين والدنيا، وإن شيئاً منه غير واجب. وقد نقلت الأمة خلف عن سلف عقود المداينات والأشربة والبياعات في أمصارهم من غير إشهاد، مع علم فقهائهم بذلك من غير نكير منهم عليهم، ولو كان الإشهاد واجباً لما تركوا النكير على تاركه مع علمهم به. وفي ذلك دليل على أنهم رأوه ندباً، وذلك منقول من عصر النبي ﷺ إلى يومنا هذا. ولو كانت الصحابة والتابعون تشهد على بياعاتها وأشريتها لورد النقل به متواتراً مستفيضاً ولأنكرت على فاعله ترك الإشهاد، فلما لم ينقل عنهم الإشهاد بالنقل المستفيض ولا إظهار النكير على تاركه من العامة ثبت بذلك أن الكتاب والإشهاد في الديون والبياعات غير واجبين.

حكم الإشهاد في الطلاق:

والأصل في ذلك قوله ﷻ: {فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا} الطلاق الآية:2.

فقوله ﷻ: {وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ} أمر هل هو على الوجوب أو الندب؟

حاصل كلام العلماء حول هذه المسألة قولين:

القول الأول: أن الأمر على الندب، وليس شرطا لصحة الطلاق وهو قول جمهور الفقهاء، بل وحكي فيه الإجماع. قال الشوكاني رحمه الله: "وقد ورد الإجماع على عدم وجوب الاشهاد في الطلاق واتفقوا على الاستحباب" أي في الطلاق.

ومما يدل عليه:

أ. انه لم يرد عن النبي ﷺ ولا أصحابه ﵃ أنهم كانوا لا يوقعون الطلاق إلا بعد الإشهاد.

ب. أن الطلاق من حقوق الرجل فلا يحتاج إلى بينة لإثباته.

القول الثاني: أن الأمر للوجوب فيجب الإشهاد على الطلاق قال به ابن حزم، ويقول به من لا يعتد بخلافه من الشيعة الامامية.

دليل ابن حزم رحمه الله:

قوله: "وكان من طلق ولم يشهد ذوي عدل أو راجع ولم يشهد ذوي عدل متعديا لحدود الله ﷻ، وقال رسول الله ﷺ: {من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد}.

وبين شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: "أن قول إن الطلاق لا يقع إلا بالإشهاد هو قول الرافضة".

وقال رحمه الله: "... وقد ظن بعض الناس: أن الإشهاد هو الطلاق وظن أن الطلاق الذي لا يشهد عليه لا يقع. وهذا خلاف الإجماع وخلاف الكتاب والسنة ولم يقل أحد من العلماء المشهورين به، فإن الطلاق أذن فيه أولا ولم يأمر فيه بالإشهاد وإنما أمر بالإشهاد حين قال ﷻ: {فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ}. والمراد هنا بالمفارقة تخلية سبيلها إذا قضت العدة وهذا ليس بطلاق ولا برجعة ولا نكاح. والإشهاد في هذا باتفاق المسلمين فعلم أن الإشهاد إنما هو على الرجعة. ومن حكمة ذلك: أنه قد يطلقها ويرتجعها فيزين له الشيطان كتمان ذلك حتى يطلقها بعد ذلك طلاقا محرما ولا يدري أحد فتكون معه حراما فأمر الله أن يشهد على الرجعة ليظهر أنه قد وقعت به طلقة كما أمر النبي ﷺ من وجد اللقطة أن يشهد عليها; لئلا يزين الشيطان كتمان اللقطة; وهذا بخلاف الطلاق فإنه إذا طلقها ولم يراجعها بل خلى سبيلها فإنه يظهر للناس أنها ليست امرأته; بل هي مطلقة; بخلاف ما إذا بقيت زوجة عنده فإنه لا يدري الناس أطلقها أم لم يطلقها".

وقال الجصاص: "أن الفرقة تصح وإن لم يقع الإشهاد عليها ويشهد بعد ذلك وقد ذكر الإشهاد عقيب الفرقة ثم لم يكن شرطا في صحتها كذلك الرجعة وأيضا لما كانت الفرقة حقا".

وقال الشافعي: "أني لم ألق مخالفا حفظت عنه من أهل العلم أن حراما أن يطلق بغير بينة على أنه والله تعالى أعلم دلالة اختيار لا فرض يعصي به من تركه ويكون عليه أداؤه إن فات في موضعه واحتملت الشهادة على الرجعة من هذا ما احتمل الطلاق".

وأما أثر أن عمران بن حصين سئل عن الرجل يطلق امرأته ثم يقع بها ولم يشهد على طلاقها ولا على رجعتها فقال طلقت لغير سنة وراجعت لغير سنة أشهد على طلاقها وعلى رجعتها ولا تعد.

قال الأمير الصنعاني: "دل على ما دلت عليه آية سورة الطلاق وهي قوله ﷻ: {وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ} بعد ذكره الطلاق وظاهر الأمر وجوب الإشهاد وبه قال الشافعي في القديم وكأنه استقر مذهبه على عدم وجوبه، فإنه قال المرزعي في تيسير البيان، وقد اتفق الناس على أن الطلاق من غير إشهاد جائز".

الحكمة من الاشهاد في الطلاق:

"... ألا يقع بينهما التجاحد، وألا يتهم في إمساكها، ولئلا يموت أحدهما فيدعي الباقي بثبوت الزوجية فيرث".

وأثر التوثيق والإشهاد في وقوع الطلاق الصريح:

لنعلم أن التلفظ بالطلاق تترتب عليه أحكامه الشرعية وإن لم يكتب أو يسجله لدى جهة الاختصاص فمتى نطق به وهو أهل له وقع وإن لم يسجل. وأن طلاق الزوج يقع دون حاجة إلى إذن القاضي. وكذا الإشهاد لما ما مضى من الإجماع.

وكون الطلاق بيد الرجل:

لأن الله جعل له القيام على المرأة بسبب مواهبه وبما كلف به من دفع المهر لها والإنفاق عليها، قال ﷻ: {الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم} النساء الآية: 34. ومن لوازم هذا أن تكون العصمة بيده، إن شاء أمسك وإن شاء طلق. ولقوله ﷻ: {يا أيها الذين أمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن} الأحزاب الآية: 49. وقوله ﷻ: {وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف} البقرة الآية: 131. حيث جعل الله الطلاق لمن ينكح، إن شاء أمسك وإن شاء طلق. ولأن الرجل أعقل من المرأة وأضبط لعواطفه وأدرى بالتبعات التي تترتب على الطلاق، بخلاف المرأة.


الله جل جلاله